الكتب القانونية

المدخل إلى القانون

القانون بوجه عام

النظرية العامة للقاعدة القانونية

النظرية العامة للحق

الدكتور حسن كيره

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية

عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة الإسكندرية (سابقاً)

الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية

جلال حزي وشركاه

اهداءات ٢٠٠٢

عرو أ.د/ محسن خليل

الإسكندرية

المدخل إلى القانون

القانون بوجه عام
النظرية العامة للقاعدة القانونية
النظرية العامة للحق

الدكتور حسن كيره
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية
عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة الإسكندرية (سابقاً)

الطبعة السادسة

١٩٩٣

الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية
جلال حزي وشركاه

بسم الله الرحمن الرحيم

« إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ... »

« ..وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ..... »

« .. فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ.. »

صدق الله العظيم

المراجـــع

نثبت فيما يلى أهم المراجع العامة لهذا الكتاب . أما المراجع الخاصة ، فسوف نثبتها فى موضعها الطبيعى بالنسبة الى كل موضوع من موضوعات الكتاب على حدة .

١ ـ المراجع العربية

أحمد سلامة ـ المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٣ .

أحمد صفوت ـ مقدمة القانون ، ١٩٢٤ .

اسماعيل غانم ـ محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .

برهام محمد عطا الله ـ مقدمة علم قواعد المعاملات ـ النظرية المسماة بنظرية الحق ، ١٩٦٧ .

ـ أساسيات القانون الوضعى ، مدخل الى الدراسات القانونية ، ١٩٦٨ .

توفيق فرج ـ مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٠ .

جميل الشرقاوى ـ دروس فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .

ـ دروس فى أصول القانون : ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٦ .

حسن كيره ـ أصول القانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ ـ ١٩٦٠ .

ـ الموجز فى المدخل للقانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٣ .

ـ المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبنانى والمصرى ، ١٩٦٧ .

ـ مبادىء القانون وبخاصة القانون اللبنانى ، ١٩٦٨ .

سليمان مرقس ـ المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ .

شفيق شحاته ـ محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ .

شمس الدين الوكيل ـ محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٤ .

ـ النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ .

عبد الحي حجازي ـ مذكرات في نظرية الحق ، ١٩٥١ .

ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ١ . القانون ، ١٩٦٦ .

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ـ اصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ .

عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية القانون ، ١٩٥٤ ـ الطبعة الخامسة ، ١٩٦٦ .

ـ نظرية الحق ، ١٩٥٧ .

عبد المنعم البدراوي ـ المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ .

ـ النظرية العامة للقانون ، ١٩٧٠ .

ـ المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ .

عبد المنعم فرج الصدة ـ نظرية الحق في القانون المدني الجديد . ١٩٥٠ .

ـ أصول القانون ، ١٩٦٦ .

عدنان القوتلي ـ الوجيز في الحقوق المدنية ، الجزء الأول . ١٩٦٠ .

محمد سامي مدكور ـ نظرية الحق ، ١٩٥٤ .

محمد علي امام ـ محاضرات في نظرية القانون ، ١٩٥٤ .

محمد علي عرفة ـ مبادىء العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ .

محمد كامل مرسي ـ شرح القانون المدني الجديد ، الباب التمهيدي ، ١٩٥٤ .

محمد كامل مرسي وسيد مصطفى ـ أصول القوانين . ١٩٢٣ .

محمود جمال الدين زكي ـ دروس في نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ .

منصور مصطفى منصور ـ المدخل للعلوم القانونية . ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ .

هشام القاسم ـ المدخل الى علم الحقوق ، ١٩٦٥ .

٢ - المراجع الفرنسية

Beudant (Ch.), Le droit invidual et l'Etat, 3e éd., 1920.

Boistel, Cours de philosophie du droit, 2 vol. 1899.

Capitant, (Henri), Introduction à l'étude du droit civil, 4ème

Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 1939.

éd., 1921.

Capitant, (H.), Colin et de La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947.

Capitant (René), L'impératif juridique, thèse, Paris, 1928.

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, 1929.

— Le droit subjectif, 1952.

— Théorie générale du droit, 2ème éd., 1953.

Darbellay, La règle juridique, 1945.

Del Vecchio, Philosophie du droit, trad. française, 1953.

Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1909.

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I. 3ème éd., 1927.

— Leçons de droit public général, 1926.

Emmanuel, L'idée de droit, 1937.

Le Fur, Les grands problèmes du droit, 1937.

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 1932.

— Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1914 - 1924.

De la Gressaye et Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, 1947.

Haesaert, Théorie générale du droit, 1948.

Levy - Ulmann, Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques, t. I, définition du droit, 1917.

Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1956.

May, Introduction à la science du droit, 1932.

Mazeaud, (H.L. et J.), Leçons de droit civil, t. I, 1956.

Pasquier, Introduction à la théorie générale et la philosophic du droit, 3ème éd., 1948.

Picard (Edmond), Le droit pur, 1908.

Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1959.

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4e. éd. 1949.

— Le déclin du droit, 1949.

— Les forces créatrices du droit, 1955.

Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. I, 1956.

Roguin, La science juridique pure, 3 vol., 1923.

Roubier, Théorie générale du droit, 1946.

— Droits subjectifs et situations juridiques, 1963.

٣ - المراجع الانجليزية

Allen, Law in the making, 1946.

Cairs, Legal philosophy from PLATO to HEGEL, 1949.

Friedman, Legal theory.

Gray, The nature and sources of the Law, 1948.

Vinogradoff, Common-sense in Law, 1943.

مقدمة

١ - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته

الأصل ان اصطلاح « القـانون » يطلق لغـة على كل قاعدة أو قواعد مطردة يحمـل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظـام . ولذلك يكثر استعماله بهذا المدلول فى شئون كثيرة مختلفة . فيقال مثلا « قانون الكون » ، ويراد به نظام الـكون المستقر من دوران الـكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار فى الأرض . ويقال تانون « الجاذبية الارضية » ، ويراد به القـاعدة المستقرة التى تقضى بانجذاب الاجسـام وسقوطها باطراد الى الارض كلما ألقيت فى الفضاء . ويقال « قانون العرض والطلب » ، ويراد به القـاعدة المستقرة فى الاقتصاد من تأثر الأسعار والأجور باختلال التوازن بين العرض والطلب فى السلع والخدمات .

غير أن اللغة القانونية استحوذت على هـذا الاصطلاح ورصدته أساسا للدلالة بوجه عام على مجمـوع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع . وبذلك يشمل اصطلاح « القانون » فى هذا المدلول العام كل ما قد يوجد فى الجماعة من قواعد تحكم سلوك الأفراد حكما ملزما بقصد اقامة نظام هـذه الجماعة . واصطلاح القـانون بهذا المدلول هو الذى يعنينا أصلا فى هـذا الـكتاب .

ولذلك يكون من الواجب بداءة التمييز بين هـذا المدلول العام وبين مدلول آخر خاص لهذا الاصطلاح ، اذ كثيرا ما يطلق اصطلاح « القانون » على قواعد قانونية معينة هى التى تصدر عن السلطة التشريعيـة العادية . فيراد حينئذ بالقانون التعبير عن التشريع ، ولذلك يقـال قانون الشهرالعقـارى

وقانون تنظيم الجامعات وقانون المحاماة ، ويراد بذلك التشريعات التي تحكم هذه المسائل ·

ولكن التشريع - كما سيرد البيان - ليس هو المصدر الوحيد الذي يعطي للقواعد القانونية قوتها الملزمة في العمل ، أي ليس هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون بمعناه العام الواسع ، حتى تصدق التسوية بينهما في الاصطلاح · ولعل أهمية التشريع بين مصادر القانون هي التي بررت الترخص في اطلاق اصطلاح « القانون » على التشريع ، ويسرت بذلك الخلط بين القانون ذاته كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، وبين أحد مصادره الرسمية الهامة وهو التشريع ·

واذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع للتمييز بين هذين المدلولين لاصطلاح « القانون »(١) ، وكان المدلول المقصود أصلا والذي سوف نعنيه في هذا الكتاب باطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذي ينصرف الى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، فيراعى أن هذا الاصطلاح يتولد منه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلا في المجتمع ، هو اصطلاح « القانون الوضعي » Le droit positif وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء ، فيقال « القانون الوضعي المصري أو الفرنسي الحالي » مثلا ، للدلالة على القانون السائد في مصر أو فرنسا في الآونة الحاضرة ·

فالمقصود بصفة الوضعية التي تلحق قانون جماعة معينة في وقت معين ، هو توافر الصفة الايجابية لقواعده عن طريق ما يصحبها ويؤيدها في التطبيق من اجبار مادي معين تملكه سلطة عامة في الجماعة(٢) ·

---

(١) يراعى أن اللغة القانونية الفرنسية تستعمل اصطلاحين مختلفين للتعبير عن هذين المدلولين ، اذ تعبر عن المدلول العام الواسع باصطلاح Le Droit ، وعن المدلول الخاص الضيق باصطلاح La Loi

(٢) لعل اللفظ الفرنسي في هذا الصدد أدق في التعبير من اللفظ العربي ، اذ لفظ (positif) يعني فعال أو ايجابي بالمقابلة للفظ (négatif) أي سلبي · أما اللفظ العربي «وضعي» ، =

٢ - تفرع الحقوق عن القانون

اذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الأفراد في المجتمع حكما ملزما ، فانه يعمل - أمام تشابك مصالح الأفراد وتعارضها فيما يقوم بينهم من علاقات - على تغليب بعض هذه المصالح على بعض ، ووضع أصحاب المصالح المغلبة في مركز ممتاز بالنسبة الى غيرهم من الأفراد ، بحيث يثبت لهم حقوقا تخولهم الاستئثار بسلطات معينة تلتزم الكافة باحترامها ٠

فقد يخول لفرد من الأفراد الاستئثار بالتسلط على شيء من الأشياء باعطائه حق الملكية عليه ، فيضعه بذلك في مركز ممتاز على غيره من الأفراد بما يثبت له من احتكار التسلط على هذا الشيء ، والتزام الكافة باحترام حقه في هذا التسلط ٠

وقد يخول القانون لفرد من الأفراد سلطة اقتضاء عمل أو امتناع من جانب شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، فيثبت له بذلك حقا قبل هذا الشخص ، يجعله في مركز ممتاز سواء بالنسبة الى الملتزم بالعمل أو الامتناع لقدرته على اقتضاء الوفاء منه بهذا الالتزام ، أو بالنسبة الى الكافة جميعا لانفراده دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة ٠

وبذلك تتفرع الحقوق عن القانون ٠ وتلك ظاهرة يمتاز بها القانون على الأخلاق كما سنرى ، اذ هو لا يقنع كالأخلاق بمجرد فرض التكاليف والواجبات على الأفراد ، بل يجاوز ذلك الى تقرير الحقوق لهم وهو ما لا تفعله الأخلاق ٠ وبذلك تحتل الحقوق أهمية كبرى في النظام القانوني ٠

فقد يدعو الى الظن بأن القانون الوضعي يقصد به القانون الذي يضعه الناس ويصدر عنهم ، وهو ما يشيع فهمه في اللغة الجارية التي تجعل القانون الوضعي بهذا المعنى مقابلا للقانون السماوي الذي يضعه الله ٠ ومثل هذا الظن غير صحيح في الاصطلاح القانوني ٠ فالمقصود بالقانون الوضعي كما سبق البيان ، القانون السائد والمطبق فعلا ، وذلك دون اعتبار لمصدر قواعده ٠ فيعتبر قانونا وضعيا في جماعة معينة كل ما يطبق فيها من قواعد قانونية ولو كان مصدرها سماويا ٠ وهذا هو ما عليه الحال في مصر ، حيث يعتبر الدين - وهو مصدر سماوي - المصدر الرسمي لبعض القواعد التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية ، وبذلك تعتبر هذه القواعد الدينية السماوية جزءا من القانون الوضعي المصري الحالي ٠

٣ - خطة الكتاب

نستهدف في هذا الكتاب الوقوف على الأصول الكلية التى تحكم القانون ، وهو ما يقتضى دراسة القاعدة القانونية فى ذاتها ودراسة ما يتفرع عنها من فكرة الحق • ولكن قد ينبغى التمهيد لذلك بكلمة عامة فى القانون تعرف به وتبين خصائصه وأنواعه •

وبذلك نقسم الكتاب على النحو التالى :

باب تمهيدى - فى القانون بوجه عام •

القسم الأول - فى النظرية العامة للقاعدة القانونية •

القسم الثانى - فى النظرية العامة للحق •

باب تمهيدى

فى القانون بوجه عام

٤ - عرض وتقسيم

ينبغى فى صدد التمهيد لدراسة القـــانون الوقوف أولا على خصائصه الجوهرية التى تميزه عما قد يختلط به من نظم وقواعد أخرى مشابهة .

واذا كان من أهم هذه الخصائص كون القـــانون قواعد ملزمة ، الا أن ذلك لا يعنى انعدام سلطان ارادة الأفراد فى مخالفة أى منها ، فالارادة تملك مثل هذه المخالفة فى صـــدد طائفة معينة من القواعـد القانونية هى طائفة القـــواعد المكملة ، دون أن يطعن ذلك فيما لهذه القواعـــد من قوة الزامية باعتبارها قواعد قانونية .

واذا كان القـــانون يتعرض لموضوعات شتى ويتسع نطاقه لمختلف الروابط والعلاقات بين الاشخاص . فان ذلك قد أتاح تقسيمه - بحسب هذا الاختلاف - الى قسمين كبيرين : القانون العام والقـانون الخاص ، يقوم كل منهما على أسس ومبادىء مختلفة . ويضم تحته أنواعا وفروعا شتى .

لذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول - فى خصائص القانون .

الفصل الثانى - فى مدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون .

الفصل الثالث - فى أقسام القانون وفروعه .

الفصل الأول

خصائص القانون

٥ ـ الحاجة الى القانون

لعل من الحقائق المسلمة التى لم تعد اليوم محل جـــدل أو خلاف أن الانسان كائن اجتماعى بفطرته وطبيعته لا يستطيع أن يعتزل الناس ليعيش وحيدا لأنه أعجز بمفرده عن الـكفاء بنفسه أو الوفاء بمختلف حاجاته ، فهو كائن مستطيع بغيره أو على الأصح بالاشتراك مع غيره ، ولذلك يعيش دائما فى مجتمع من الناس ٠ غير أن المجتمع لا يستقيم أمره الا اذا استوى على سنن بينة ينزل الناس جميعا عند حكمها ٠ ذلك أن وجـود المجتمع يستتبع حتما وجود علاقات عديدة بين أفراده ، علاقات عائلية أو اقتصادية أو سياسية ، وهى علاقات لا يمكن أن تترك فوضى ينظمها كل فرد وفق رغبته ومشيئته ، والا حقت قولة الفيلسوف الفرنسى « بسويه » Bossuet : « حيث يملك الـكل فعل ما يشاءون ، لا يملك أحـد فعل ما يشاء ، وحيث لا سيد فالكل سيد ، وحيث الكل سيد فالكل عبيد(١) » ٠

وتلك حال لا يتصـــور أن تكون ، وان كانت فهى لا تدوم ، اذ ينتهى الأمر الى أن يكون الحكم للقوة تقضى فى الضعفاء بما تشاء ٠٠٠ ومن هنا كان لابد للمجتمع من نظام يحكم نشاط الأفراد وما يستتبعه بينهم من علاقات ،

---

(١) Bossuet, cité par Chevallier, Les granres oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, p. 74.

أى من قواعد موضوعة ابتـــداء يستهدى بهـــا الأفراد فى تعرف سلوكهم ويلتزمون لو يلزمون باحترامها، أى قواعد تهـدف الى اقامة التوازن بين عديد الحريات المتعارضة ومختلف المصالح المتضاربة محققـة بذلك النظام والاستقرار والعدل فى المعاملات ·

٦ - تعريف القانون واستخلاص خصائصه

تلك هى فكرة القانون فى نشأتها وبساطتها : انسان لا يعيش الا فى مجتمع، ومجتمع لا يقوم الا على نظام، ونظام لا يستوى الا على قواعد آمرة ملزمة يحمل الأفراد على طاعتها بما تملك الجماعة من سلطة القهر والاجبار ·

فهناك تلازم اذن بين القانون والمجتمع من ناحية ، اذ لا يوجد مجتمع دون قانون ويوجد القانون لاقامة نظام فى المجتمع · وهناك تلازم بين القانون والجزاء من ناحية أخرى ، فلا يكفل احترام القانون الا بأخذ الأفراد باحترامه جبرا على المخالف منهم ، وهو جبر لا يتاح بشكله المادى المنظم الا لسلطة عليا فى الجماعة يكون لها احتكار القوة المادية واحتباسها بين يديها ·

فالقانون اذن هو مجموع القواعد التى تقيم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه ، والتى تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة فى المجتمع من قوة الجبر والالزام(١) ·

ومن هذا التعريف بالقـــانون ، يمكن أن نستخلص أربع خصـــائص جوهرية له : فهو يتضمن أولا قواعد سلوك· وهذه القواعد ـ ككل القواعد ـ تتوافر لها صفة العموم والتجريد · وهو يفترض كذلك وجود مجتمع يأتمر أفراده بهـــذه القواعد ، فقواعده اذن اجتماعية · وهـو يتضمن أخيرا جزاء ماديا منظما يكفل احترام هذه القواعد ممـــا يجعلها قواعد ملزمة · فنعرض لكل من هذه الخصائص فى مبحث على حدة ·

---

(١) أنظر مع ذلك فى مختلف تعريفات القانون ومناقشتها :
Lévy-Ulmann, Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques, T. I, La définition du droit, 1917. — Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 3ème éd., 1939, Nos. 1 — 9. — Haesaert, Théorie générale du droit, pp. 73 - 110.

المبحث الأول
القانون مجموعة قواعد سلوك
Règles de conduite

٧ - القواعد التقريرية والقواعد التقويمية

قلنا ان اصطلاح « القانون » اذا أطلق في اللغة الجارية أريد به التعبير عن قاعدة مطردة يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ومن هنا يقال مثلا ، كما رأينا ، قانون الكون ، أو يقال قانون الجاذبية الأرضية ، أو يقال ان الماء يخضع لقانون الغليان بمعنى أن تسخينه الى درجة المائة يؤدى دائما وحتما الى غليانه . والقانون بهذا المعنى انما يضع قاعدة تقريرية ، أى قاعدة مقررة للواقع كمـــا هو ، بمقتضاها تتحقق دائما أمثال تلك الظواهر حتميا اذا توافرت أسبابها ومقدماتها ، دون أن يتصور ورود أى استثناء على ذلك . اذ ورود هذا الاستثناء معناه أن القانون خاطىء لم يبصر بالواقع كله بصرا صحيحا شاملا(١) ، ذلك أنه لا يضع قاعدة لما ينبغى أن يكون بل لما هو كائن فعلا ، ومن هنا كان خضوعه للواقع دون خضوع الواقع له .

بينما القانون بالمعنى الذى نقصده من دراستنا انما يضع قواعد سلوك أى قواعد تقويمية لا تقريرية ، لأنه يضع قواعد بما ينبغى أن يكون عليـــه سلوك الأفراد فى المجتمع لا قواعد بما عليه فعلا هذا السلوك . وهو يصوغ هذه القواعد وفق مثل وقيم عليا يستهدفها ، ثم يتجه بها الى الأفراد فى صورة أمر أو تكليف واجب طاعته بأن يحاذوا مسلكهم عليها . فالواقع هنا - أى سلوك الأفراد - هو الذى يخضع للقانون فيعمل على مسايرة قواعده ، وليس القـانون هو الذى يخضع للواقع فيسايره بأن يشـــكل نفسه حسب ما عليه سلوك الأفراد فعلا .

ولذلك قلنا ان القانون - على خـــلاف الظوهر الطبيعية - انما يضع

---

(١) Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, No. 94, ص 198.

قواعد تقويمية لا تقريرية ، لأنه لا يقر مثلها الواقع كما هو ، بل يقوم بتقديره وتقويمه وفق المثل التي يستهدفها بما يعين الواجب في شأنه(١) ٠

٨ - القانون يفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف

رأينا أن القانون - على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية - انما يضع قواعد تقويمية أى قواعد بالسلوك الواجب على الأفراد ٠ ولكنه لا يتوجه بهذه القواعد على سبيل النصح أو الترغيب ، وانما يفرضها فرضا على سبيل الأمر أو التكليف ٠

وفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف لازمة من لوازم القانون لا يتصور وجوده دونها ٠ لأن القانون انما يستهدف اقامة النظام في المجتمع ، وهو ما يتهدده حتما حمل السلوك الواجب محمل النصح ، اذ يكون للأفراد حينئذ حرية مخالفته ٠ من أجل ذلك ، كان القانون دائما قائما بفرض ما يراه من سلوك واجب فرضا يحمل معنى الزام الأفراد بالخضوع له ٠ وهو في ذلك يختلف عن الأخلاق التي قد تقوم في بعض الأحوال - الى جنب ما تفرضه من أوامر وتكاليف - ببيان بعض ما تراه واجبا من سلوك ولكن على سبيل الندب والترغيب للوصول الى سمو نفسي أكمل(٢) ٠

واذا كان القانون في جوهره يتضمن تكليفا بالسلوك الواجب ، فان وجود مثل هذا التكليف يكون صريحا واضحا حيث ترد القاعدة القانونية في صورة الأمر أو النهي ٠ غير أن التكليف قد لا يتخذ مثل هذه الصورة الواضحة مما يثير الشك في أمر توافره ، ولكنه متوافر رغم ذلك حتما في كل قاعدة قانونية ٠

فقد يخفى التكليف لأول وهلة في بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المقررة Règles dispositives وهى القواعد التي لا تأمر بشيء أو تنهى عن شيء وانما تقتصر على بيان حكم من الأحكام كالقاعدة التي

---

(١) أنظر في التفرقة بين القانون وقوانين الظواهر الطبيعية :
René Capitant, L'illicite, thèse, Paris, 1923, pp. 1 - 5 et s. -- Dabin, Théorie générale du droit, 1953, No. 43.

(٢) Dabin, op. cit., No. 47.

تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز ، او القاعدة التى تحدد الموطن بمحل اقامة الشخص المعتادة أو بالمركز الرئيسى لأعماله ، أو تلك التى تثبت اختصاصا معينا لجهة أو هيئة معينة ٠

غير أن هذه القواعد ، وان كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن فى الواقع أمرا أو تكليفا الى الكافة أو الى شخص أو هيئة معينة باحترام أحكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقات أو روابط قانونية ٠ فالقاعدة التى تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز ، تتضمن أمرا الى الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية ٠ والقاعدة التى تقرر أن موطن الشخص هو محل اقامته المعتادة تتضمن أمرا الى الكافة بتوجيه الأوراق القضائية مثلا اليه فى هذا المحل ٠ والقاعدة التى تثبت الاختصاص لجهة أو هيئة معينة ، تتضمن تكليفا الى هذه الهيئة بالعمل فى حدود هذا الاختصاص وعدم تخطيه ، بما يمنع غيرها من مزاحمتها أو مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك أمرا الى الكافة بالخضوع لهذا الاختصاص والتزام ما يصدر عنه من أوامر أو قرارات ٠

وقد يخفى التكليف كذلك بشأن بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المفسرة أو المكملة » (Règles interprétatives ou supplétives) وهى التى تسرى فى حال عدم اتفاق الأفراد على خلافها ٠ ولكنها تتضمن هى الأخرى تكليفا كذلك ، وان يكن هذا التكليف لا يتوجه الا الى طائفة من الأفراد هى تلك التى تنصرف ارادتهم عن مخالفتها(١) ٠

المبحث الثانى

القانون مجموعة قواعد عامة مجردة

Règles générales et abstraites

٩ ــ التكليف القانونى تكليف عام مجرد

القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاما للمجتمع ، وباعتباره قواعد سلوك أى تكليفا بأمر أو مسلك معين ينبغى اتباعه ، انما يسبق فى وجوده

(١) انظر فى تفصيل ذلك ما سيرد فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى ، وهو الخاص بمدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون ٠

ما يواجه من فروض يخضعها لحكمه . ومن هنا لم يكن من المتصور أن يتيسر حصر كل ما قد يعرض فى المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية ، ووضع قاعدة آمرة بشأن كل حالة على حدتها ينصرف التكليف فيها الى شخص معين بذاته . فالنظام والاستقرار ـ وهـو ما يستهدف القانون اقامته ـ يقضى بتحقيق المساواة بين الأفراد ، وهذه المساواة لا يتيسر اقامتها ابتداء الا على أساس الوضع الغالب فى الحياة الاجتماعية ، وهو ما يحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه الى الأفراد بمعيار موضوعى لا شخصى ، أى يلجأ فيه الى تجريد تكون العبرة فيه بعموم الصفة لا بتخصيص الذات .

فالتكليف الذى يتضمنه القانون اذن لا يمكن أن يكون الا تكليفا عاما مجردا يتوجه الى كل من تتوافر فيه صفة بعينها لا الى شخص بعينه ، ويواجه كل واقعة تتوافر فيهـا شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها ، ومن هنا جاء ما يتميز به القانون من تواتر التطبيق واطراده كلما توافرت الصفة المطلوبة فى فرد أيا كان أو اجتمعت الشروط المعينة لواقعة أيا كانت .

فالعموم والتجريد اللذان يتميز بهما القانون يصدقان فى حق الأشخاص المخاطبين بما يتضمن من تكليف ، كما يصدقان فى حق الوقائع أو الروابط التى ينصرف الى تنظيمها هذا التكليف . وبعبارة أخرى فالقواعد القـانونية تتميز بالعموم والتجريد ـ وهمـا وجهان لخصيصة واحدة ـ بالنسبة الى أشخاصها والى موضوعها على حد سواء .

والقانون باعتباره تكليفا عاما مجردا لا يستنفده ـ على خلاف التكليف الخاص كما سنرى ـ تطبيق ما على شخص معين أو واقعة معينة ، ولذلك فهو يكتسب صـفة الدوام ، بمعنى أنه لا يقتصر على الحال بل يمتد كذلك الى الاستقبال ، فيتربص دائما بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسع لعدد غير محدود أو محصور من الحالات .

فقانون كقانون الخدمة العسكرية ، يضع قاعدة قانونية لأن التكليف فيه تكليف عام مجرد يتوجه الى كل من تتوافر فيه فى الحال أو الاستقبال صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقـدرة البدنية ، بينما لا يعتبر القرار الصادر

بدعوة شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية لأنه انما يتوجه الى شخص معين بالذات .

والقاعدة التى تنص على أن الخطأ الذى ينتج عنه ضرر للغير يلزم صاحبه بالتعويض هى قاعدة قانونية لأنها عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار متى توافرت فيه صفة الخطأ ، بينما الحكم القضائى الصادر بالزام طبيب معين بأداء مبلغ ألف جنيه مصرى على سبيل التعويض الى مريض معين ، نتيجة خطئه خطأ جسيما فى العلاج مما ترتب عليه الاضرار بهذا المريض ، لا يعد هذا الحكم متضمنا لقاعدة قانونية ، لأنه انما يواجه حالة بخصوصها ، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب الا فردا معينا بذاته . هو ذلك الطبيب المقامة عليه الدعوى .

والقرار الصادر بتعيين شخص معين فى وظيفة عامة معينة لا يضع قاعدة قانونية لأنه انما يخص شخصا معينا بالذات ، بينما يضع القانون المتعلق بشروط التوظف قواعد قانونية لأنه عام لا يواجه ذوات معينة بل صفات مجردة .

وليس يعنى أن القانون يضع قاعدة عامة أنه يسرى فى حق الناس كافة ، فهو قد ينصرف الى طائفة محدودة من الناس دون أن يطعن ذلك فيما له من صفة العموم والتجريد ، ما دامت هذه الطائفة متعينة بصفات من يدخل فيها من أشخاص لا بذواتهم . فقانون السلطة القضائية مثلا يضع قواعد قانونية تسرى على طائفة القضاة وهم طائفة محدودة من الناس ، وهى على رغم ذلك قواعد قانونية بالمعنى الذى أوضحناه لأنها تخاطب كل من تتوافر فيه صفة معينة هى صفة ولاية القضاء .

فالعبرة اذن ليست بعدد من تتوجه اليه القاعدة — قل أو كثر — وانما بصفة من تتوجه اليه . فقد تتوجه القاعدة القانونية الى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجردة ، لأنها تتوجه الى صفة معينة لا الى شخص معين ، كالقواعد الخاصة بتحديد سلطات رئيس الدولة الدستورية التى لا تتوجه الى رئيس معين بذاته ، بل تتوجه الى كل من يشغل فى الحاضر أو المستقبل رئاسة الدولة .

وينبنى على ما تقدم أن التكليف العلم المجرد الذى يتضمنه القـــانون يفترق عن التكليف الخاص الذى يتوجه الى شخص معين بذاته أو يحكم رابطة او واقعة معينة بذاتها ، والذى يتلاشى وينقضى أثره بتطبيقه على هذا الشخص أو تلك الواقعة ، كما هو الشأن بالنسبة للتكليف الذى يتضمنه حكم قضائى أو أمر ادارى أو عقد من العقود • فهذا التكليف الخاص لا يعدو أن يكون أمرا خاصا لا يرتفع الى مرتبة القاعدة القانونية لأن صفة العموم والتجريد فيـــه مفقودة ، فهو يتوجه الى شخص معين بذاته لا بصفته ، فيسرى فى حقه وحده دون غيره من الناس ، أو يحكم واقعة معينة بذاتها ، فينطبق عليها وحـــدها دون غيرها من الوقائع •

ومن هنا ، فالقول بأن فى هذا التكليف الخاص قاعـــدة قانونية فردية ــ كما يذهب الى ذلك بعض فقهاء القانون العام بخاصة(١) ــ لا يمكن التسليم به • فالقاعدة بطبيعتها عامة ، وهـــذه القواعد الفردية المدعاة ــ فضلا عن ذلك ــ لا تعدو أن تكون تطبيقا لقاعدة قانونية سابقة تتصف بصفة العموم والتجريد ، فلا حاجة ــ مع وجودها ــ الى اسباغ صفة القاعدة القانونية على ما قد يكون لها من تطبيق فردى أو شخصى(٢) •

المبحث الثالث

القانون مجموعة قواعد اجتماعية

Règles sociales

١٠ ــ بيئة القانون الاجتماعية(٣)

قلنا ان القانون يضع قواعد سلوك يأتمر بها الأفراد ، والأفراد ــ كما

---

(١) Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926, p. 259. — Sené Capitant, thèse précitée, pp. 58 - 60, 154 - 156.

(٢) أنظر فى مناقشة ورفض القول بوجود قواعد قانونية فردية :
Dabin, op. cit., Nos. 56, 57. — Marty et Raynaud, Droit civil, t. 1, 1956, No. 123.

(٣) أنظر فى ذلك
وكتابنا « أصول القانون » ، ١٩٥٩/١٩٦٠ ، فقرة ٤٠ ص ٢٩ ، ٣٠ •

رأينا - لا يمكن أن يعيشوا الا فى مجتمع ، فكان القانون اذن انما يفترض وجود بيئة اجتماعية ٠

والمقصود بالمجتمع أو البيئة الاجتماعية هنا ، ليس تجمع أفراد من الناس - قلوا أو كثروا - فى بقعة من الأرض معينة ، دون هدف واحد يربطهم ويجمع بينهم وانما هو شركة يجمع أعضاءها التضامن لتحقيق ما بينهم من صالح مشترك ٠ ولا مناص لهذا المجتمع من أن يكون له نظام تتولى قواعده تحديد التعاون بين الشركاء وكفالة دوامه لتحقيق الغاية المشتركة ٠ وهو ما يقتضى وجود سلطة تكون لها السيادة على أفراد المجتمع بما يمكنها من فرض كلمة القانون ٠ ولذلك فالقانون يوجد فى مجتمع سياسى منظم يخضع أفراده لسيادة سلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر ٠

ولئن كانت الدولة هى الشكل الواضح اليوم لمثل هذا المجتمع السياسى المنظم ، الا أن ذلك لا يعنى أن الدولة هى الشكل الوحيد لبيئة القانون ، فقد يوجد القانون فى مجتمع لا تتوافر له عناصر الدولة أو شكلها ، ما دامت ثمة سلطة تمتلك حق السيادة والاجبار فيه ٠ ولذلك كان القانون أسبق فى الوجود تاريخيا من الدولة ، ولم يصل الى بيئتها حيث التنظيم السياسى الكامل الا بعد أن مر طوال أحقاب طويلة ببيئات مختلفة تتدرج نحو هذا التنظيم ٠ فقد بدأ المجتمع فى نطاق محدود هو الأسرة البدائية أو القبيلة فى القديم ، ثم تطور الى الاقطاعية فى العصور الوسطى ، وانتهى فى عصرنا هذا الى أن ينحصر فى الوطن أو الدولة ، ولعل هذه المرحلة ليست نهاية مراحله ، اذ يبقى أن يكون العالم مجتمعا واحدا ٠

واذا كان القانون ينشأ فى بيئة اجتماعية ، فانه لابد متأثر بها متطور معها فى تقدمها ، ولذلك كان اختلافه من بيئة الى أخرى بحسب اختلاف الظروف والحياة فيها ٠

= **Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, normes et technique, 1950, p. 49. — Roubier, Théorie générale du droit, 1946, pp. 23, 24. — Del Vecchio Philosophie du droit, 1953, pp. 346 - 377.**

١١ - القانون والعلوم الاجتماعية

القانون ، بوصفه مجموعة قواعـــد تستهدف اقامة نظام اجتماعي عن طريق حكم سلوك الأفراد في المجتمع ، يدخل في نطاق العلوم الاجتماعية . ومن هنا كانت صلاته بها واعتماده عليها في اقامة قواعده .

فهو يتصل بعلم السياسة حين يضـــع قواعد النظام الســـياسي في المجتمع ، فيحدد شكل الحكم وتوزع السلطات العامة وتعاونها .

وهو يتصل بعلم الاجتماع ، اذ يعتمد عليه في تعرف الحقائق الاجتماعية كما هي حية في المجتمع ، ولذلك كان القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الأولية التي يصوغ منها نسيجه .

وهو يتصل بالتاريخ ليقف على الأنظمة القانونية السابقة ومدى نجاحها العملي في التطبيق ، فيستهدي في وضع قواعده بمثل هذه التجارب التاريخية النافعة .

وهو يتصل بالاقتصاد السياسي حين يعرض لتنظيم الروابط الاقتصادية المختلفة . والتأثر المتبادل بينهما وثيق كمـــا سنرى ، حيث نجد في مقابلة فكرة العدل الخاص أو النزعة الفردية في القانون مذهب « الاقتصاد الحر » ، وفي مقابلة فكرة العـــدل العام أو النزعة الاجتماعيـــة في القانون مذهب « الاقتصاد المدار » ، وبذلك يتراوح الأمر في القانون وفي الاقتصاد السياسي بين مبدأ حرية الفرد ومبدأ سيطرة الجماعة . واذا كان القانون يعتمد على كثير من العوامل الاقتصادية ، فان ذلك لا يعني أنه محكوم بالاقتصاد وحـده ، فسنرى أن الاقتصاد ليس الا مجرد عامل ضمن عوامل أخرى كثيرة تدخل في تكوين القانون(١) .

١٢ - القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى

القانون باعتباره مقيما لنظام اجتماعي يتغلغل في الحيـــاة الاجتماعية ويوغل فيها حتى يكاد ينبسط نطاقه على أكثر مظاهرها ومعالمها ، بل انه ماثل

---

(١) أنظر ما سيرد بعد عند الكلام في العنصر الواقعي في تكوين القاعدة القانونية .

حاضر فى أكثر مظاهر النشاط اليومى بحكم ما يصدر عنها من تصرفات تبدو مع التكرار آلية كشراء الجرائد والحاجات المنزلية وهو ما يكون بيعا ، وكركوب الترام والاختلاف الى دور السينما وهو ما يكون ايجارا ٠

غير أن القـــانون وان كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية ، فليست قواعده بالوحيدة ــ وان تكن فى الطليعة ــ بين القـواعد التى تنظم الحياة فى المجتمع ، مما يقتضى التمييز بينها بوضوح على النحو التالى :

(١) القانون وقواعد العادات والمجاملات والتقاليد

توجد فى كل مجتمع قواعد يتواضـع الناس على اتباعهـا فى علاقاتهم وصلاتهم اليومية ، أو يجرى بها التقليد بينهم فى مظهرهم وملبسهم ٠ فثم قواعد تقضى بها المجـاملات ويحتمها حسن التهذيب والتمدين ، كالسـلام والتحية عند اللقاء ، والعزاء والمواساة فى الكوارث أو الموت ، والتهنئة فى الخير ٠ وثم قواعد تقضى بها العادات والتقـاليد فى شأن الملبس أو المظهر تتفاوت وتختلف باختلاف المناسبات ، وباختلاف الأفراد الى رجال ونساء ٠

فكل هذه القواعد وأمثالها قواعد يأتمر بها سلوك الأفراد فى المجتمع بل ويعدها هؤلاء الأفراد ملزمة لهم بحيث يستنكرون الخروج عليها ، ومن هنا كانت هذه القواعد قواعد اجتماعية يقوم على كفالة احترامها جزاء معين وهو استنكار الناس ٠

ولذلك قد يقال ان الاختلاف فى الجزاء يصلح معيارا للتفرقة بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والتقاليد ، اذ بينما يقتصر الجزاء فى الثانية على مجرد استنكار الناس ، يكون الجزاء فى الأولى هو ذلك الاجبار الذى تحتكر السلطة العامة فى الجماعة حق توقيعه على المخالف ٠

ولكن يبقى التساؤل عن سبب هذا الاختلاف فى الجزاء ٠ وليس يصلح القول برد ذلك الى اختلاف الموضوع بين هذين النوعين من القواعد ، اذ لا توجد حدود منضبطة تفصل بين موضوعيهما فهما متداخـلان متشابكان ٠ ولذلك لا يكون من العسر أو الغريب تحول بعض قواعد المجاملات والتقـاليد الى قواعد قانونية ٠ فمن المتصور تدخل القانون ليفرض زيا معينا على الناس ،

أو ليأمر باطلاق اللحى أو حلقها أو باطالة أثواب النساء أو تقصيرها •

فما هو المعيار الذى يمكن الاعتماد عليه اذن للتفرقة بين قواعد القانون وبين قواعد المجاملات والتقاليد ؟ • لعل خير معيار فى هذا الصدد هو تفاوت المصالح ـ الذى يقوم على أساس تحقيقها هذان النوعان من القواعد ـ فى قدرها وأهميتها للنظام والاستقرار فى المجتمع • فالقيم التى تعمل على اقرارها قواعد العادات والتقاليد والمجاملات أضعف أثرا فى اقامة النظام الاجتماعى من تلك التى يعمل القانون على اقرارها ، ولذلك لا تحتاج كفالتها الى اجبار مادى جماعى بل يكفى فى شأنها مجرد الاستنكار العام(١) •

(٢) القانون والأخلاق(٢) :

اذا كان القانون والأخلاق لم تتحدد معالم التفرقة بينهما بشكل واضح الا منذ القرن الثامن عشر(٣) ، الا أن هذه التفرقة المستقرة اليوم ما زالت تختلف اليها السبل وتتباين بشأنها المعايير • وقد يتيح لنا الوقوف عندما يميز القانون من كونه يستهدف اقامة نظام اجتماعى ، سبيلا الى اقامة التفرقة بينهما على أساس سليم •

١ ـ نطاق القانون والأخلاق : اذا كانت التفرقة مستقرة اليوم بين

---

(١) انظر :

Esmein (P.), La place du droit dans la vie sociale, dans l'ouvrage collectif d'introduction à l'étude du droit, t. I, 1951, pp. 111 - 113.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 33 - 42. — Réglade, op. cit., pp. 43 - 52. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 37. — Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14 - 18, 206, 208. — Draghicescu, Droit, morale et religion, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 229 - 245. — Le Fur, Les caractères essentiels de droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 3 - 4, pp. 7 - 27. — Esmein, article précité, pp. 119 - 127.

وكتابنا « أصول القانون » فقرة ١٦ ، ص ٣٧ ـ ٤٦ •

(٣) انظر فى تاريخ التفرقة بين القانون والأخلاق :

Del Vecchio, Philosophie de droit, 1953, pp 272 - 275. — Roubier, op. cit., No. 5, pp. 32 - 33.

وكتابنا سالف الذكر ، هامش « ٢ » ص ٣٧ و ٣٨ •

القانون والأخـــلاق ، فان القانون مع ذلك يلتقي مع الأخـــلاق في كثير من قواعدها ، كتلك التي تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، أو التي تدعو الى الوفاء بالعهود ، أو التي تحرم الاثراء بغير سبب مشروع · ولـكن دون أن يجر هذا الالتقاء الى اختلاط القانون بالأخلاق ، اذ يظل لكل منهمـا نطاقه وغايته ·

فكثيرا ما ينبسط سلطان القانون على ما تنفض الأخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة في الجماعة دون أن يثير مسألة أخلاقية ، كتنظيم المرور في الطرق العـــامة ، وتحديد مواعيد للطعن في الأحكام ، واشتراط الرسمية في بعض التصرفات ، فهذه أمور تنظيمية بحت تحتمها فكرة النفع الاجتماعي · ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضي به الأخلاق ، فهو لا يهتم في الأصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفى والنفاق ·

وبذلك يتضح أن النطاق ، اذا كان يتداخل بين القـــانون والأخلاق حينـــا ، الا أنه يتبـــاعد أحيـــانا : فهو تارة ينبسط في القـــانون عنـــه في الأخلاق ، وتارة أخرى يتسع في الأخلاق عنه في القانون ·

٢ — معيار التفرقة بين القانون والأخلاق : اذا كانت التفرقة مسلمة اليوم بين القانون والأخلاق ، فان ذلك لم يمنع الفلاسفة والفقهاء من الاختلاف حول معيارها اختلافا كبيرا ·

فبعض الفقهاء يرون هذا المعيار في اقتصار الأخلاق على حكم الحيـــاة الباطنة في الضمير التي ما زالت في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج الى الوجود بعد في صورة أفعال ، واقتصار القانون على المحسوس من الأفعـــال دون الوقوف عندما يستتر وراءها في الضمير من دوافع خفية(١) ·

ولكن الواقع أن الأخلاق ، وان كانت تعنى في الأصل بمحض المقاصـــد والنوايا الباطنة ، فهي لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد أيضا الى كثير من الأفعال

---

(١) أنظر في ذلك :
Kant, voir Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Cornil, Le droit privé, 1924, p. 5.

الخارجية المحسوسة • وآية ذلك أن الأخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه وواجباته قبل نفسه فحسب ، ولكنها تجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد(١) ، وهو ما يتنـــاول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء •

وكذلك القانون ، فانه ان كان فى الأصل يحكم ما يخرج الى الوجود من أفعال ، فهو لا يغفل عما يستخفى وراء هذه الأفعال فى النفس من دوافع(٢) ، وفى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى سبب العقد خير دليل على ذلك • فالمالك الذى يقيم على حدود ملكه سورا يرتفع ارتفاعا شاهقا يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول اذا ثبت أن نيته لم تنصرف الا الى الاضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه ، اذ تؤخذ نية الاضرار المتمحضة عنده دليـلا على تعسفه فى استعمال حقه فى الملكية • واستئجار منزل بقصـــد ادارته للدعارة يبطل الايجار ، لأن البـاعث على التعاقد أمر مخالف للآداب مما يصبح معه سبب العقد غير مشروع •

ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة بين القانون والأخلاق الى الجزاء(٣) ، فبينما تكفل السلطة العامة احترام القواعد القانونية بما لديها من وســائل مادية للاجبار والالزام لا تجد القواعد الأخلاقية من جزاء على خرقها الا مجرد تأنيب الضمير أو استنكار الناس •

والحق أن الجزاء كما قالوا مختلف فى القانون عنه فى الأخلاق ، ولكنه لا يفى بمفرده كمعيار فاصل للتفرقة بينهما ، اذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا الاختلاف فى الجزاء • والواقع أن اختــلاف الجزاء ليس الا وليد اختــلاف فى

←

(١) وقد أريد الاستناد الى ذلك لمقابلة القانون بالأخلاق والقول باقتصاره على بيان واجبات الفرد نحو غيره من الأفراد فحسب دون عناية ببيان واجباته نحو ربه أو نحو نفسه • ولــكن هذا القول لا يصدق على اطلاقه ، فبعض القوانين تعاقب على الالحاد ، وبعضها يعاقب على الشروع فى الانتحار (فى هذا المعنى Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 31, 37.)

(٢) فى هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, pp. 189, 190. — Roubier, op cit., pp. 35, 36. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 49, pp. 200 - 204.

(٣) Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3ème éd., No. 8, pp. 92 - 94.

الغاية والهدف بين القانون والأخلاق . فغاية الأخلاق مثالية هي السمو بالانسان ، وغاية القانون واقعية نفعية هي اقامة نظام في المجتمع . ولذلك كانت قواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير النفس والعروج بها الى مراقي السمو والكمال الانساني . وكانت قواعد القانون متوجهة الى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة ، ذلك الصالح المشترك الذي يربط بين أفرادها ويقوم عليه نظامها .

فالأخلاق اذن انما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى ذاته ، أي بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده الى ما ينبغي لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلي . أما القانون ، فلا يضع من القواعد الا ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى المجتمع ، أي بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه .

ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية ، وقيام القانون على أساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية(١) . وبذلك فالأخلاق انما تخضع الفرد لضميره في تطلعه الدائم الى السمو والكمال ، بينما القانون يخضع الفرد للجماعة في سعيها الحثيث الى تحقيق صالحها واقامة النظام والاستقرار فيها . ومن هنا كان ما يقال من أن القانون هو نظام اجتماعي ، والأخلاق هي نظام فردي أو شخصي(٢) .

والنظامان – وان كانا يختلطان في الظاهر – الا أنهما يفترقان في الواقع حتى في الصورة التي يجتمعان فيها على قواعد واحدة . فكل من الأخلاق

---

(١) أنظر في هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 5, p. 39. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 172 - 185. — Le Fur, article précité, p. 25. — Réglade, op. cit., pp. 44 - 46.

(٢) ولذلك يعبر بعض الفقهاء بحق عن ذلك بقولهم ان القانون انما يستهدف تحقيق العدل، بينما تستهدف الأخلاق تحقيق الخير أو الرحمة والاحسان (R. Cipitant, thèse précitée), p. 174, notes 1 et 2, — Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, 1956, No. 14, p. 23, 24.

والقانون يحرم القتل مثلا ، ولكن لكل منهما هدفا متباينا من وراء هـــذا التحريم ، فالقانون انما ينظر الى عواقب القتل الاجتماعية وما لهـــا من أثر وخيم في أمن المجتمع واستقراره ، بينما تنظر الأخلاق الى ما تنحدر اليـــه نفس القاتل من درك سحيق في الشر وانغماس في الرذيلة . فالقانون حين يحرم القتـــل اذن انما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخـــل بأمنه واستقراره . بينما الأخلاق حينما تحرمه انما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة . فمحكمة الأخلاق اذن هي محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر في ذاته ، ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يصطرع النفع والضر الاجتماعي .

٣ ـ آثار اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق : اذا كان القـــانون والأخلاق يختلفان هذا الاختلاف الجوهري في الغاية ، فان هذا الاختلاف لابد مستتبع افتراقا كبيرا بينهما في الآثار .

فاختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، يؤدي الى اختلافهما في النطاق . اذ يمتد القانون ـ كما سبق البيان ـ الى ما لا يدخل بطبيعته في غاية الأخلاق حيث لا تعرض مشكلة ضمير ، ويضيق القانون بما مما قد يدخل في غاية الأخلاق من تطلب الاستزادة من الخير والفضل النفسي .

واختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، يستتبع كذلك اختلافهمـــا في بعض ما تفرضان ـ لنفس الحالات ـ من قواعد السلوك . ذلك أن القـــانون ـ وهو يهدف الى تحقيق العـــدل على أساس من اشاعة الاســـتقرار والأمن والنظام في الجماعة ـ يضطر الى النزول في سبيل ذلك عن بعض القواعد والمثل الأخلاقية[1] ، كما يفعل حين يحمي الحيازة حتى في مواجهة المالك الأصـــيل ، وحين يرخص للمدين في الامتناع عن الوفاء اذا تقادم الدين ، وحين يحمي المجرم من القصاص اذا تقادمت الجريمة او العقوبة ، وحين يبيع الاثراء بفائدة .

---

(١) في هذا المعنى :

Ripert, Les forces créatrices du droit, No. 69, pp. 172. — Roubier, op. cit., No. 5, pp. 40, 41.

ويكون طبيعيا كذلك أن يختلف القـــانون والأخلاق فى الجزاء ما داما يختلفان فى الغاية . فينحصر جزاء الأخلاق فى تأنيب ضمير المخالف لها أو فى الخوف من استنكار ضمائر الآخرين لمخالفته ، وينحصر جزاء القانون فى الاجبار الجماعى الذى تتكفل السلطة العامة فى الجماعة باعلانه وانفاذه بمـــا يتجمع لديها من قوى ووسائل قاهرة . فقواعد الأخلاق ، ما دام مقصودا بها السمو النفسى لدى الفرد أو الشخص ، يكون الجزاء على مخالفتها من نفس الطبيعة النفسية الشخصية شعورا بالحطة والضـــعة والتأنيب . أما قواعد القانون فلكون القصد منها اقامة نظام للحياة فى الجماعة ، لا يتصور أن تبقى مخالفتها — وهى تعرض هذا النظام للخطر — دون جزاء جماعى مجبر يكفل احترامه وبقاءه(١) .

ويكون طبيعيا فضلا عن ذلك ، والغاية مختلفة بين القانون والأخلاق ، أن تقتصر الأخلاق — وهى قواعد فردية للكمال تنبعث من ضمير الشخص الى نفسه — على مجرد بيان الواجبات دون مجاوزة ذلك الى تقرير الحقوق : فهى اذا كانت مثلا تضع على القادرين واجب مساعدة المحتاجين ، لا تنشىء بذلك للمحتاجين حقا فى العون قبل القادرين . بينما القانون يعمد — فوق بيانه الواجبات — الى تقرير الحقوق . فهو ان كان بجعل العقد شريعة المتعـــاقدين ويوجب الوفاء بما يتضمن العقد من التزامات ، انما يقرر بذلك للدائن الحق فى اقتضاء هذا الوفاء من المدين . وهو ان كان يوجب عدم الاضرار بالغير عن خطأ ويقرر بذلك مسئولية مرتكب الخطأ ، فانما يجعل فى مقابل هذا الواجب حقا للمضرور فى التعويض قبل من وقع منه الضرر .

٤ — **مدى تأثر القانون بالأخلاق** : اذا كان القـــانون يختلف اختـــلافا جوهريا عن الأخلاق فى الغاية مما يجر وراءه اختلافات أخرى كثيرة بينهما ، فان ذلك لا يعنى أن القانون منقطع الصلة بتاتا بالأخلاق . فذلك نظر متطرف غير مقبول ، لا يقل عنه تطرفا النظر العكسى الى القانون باعتباره محكوما حكما

---

(١) فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 5, pp. 39, 40.

تاما بالأخلاق . ولا يعنى هذا النظر الأخير عند القـائلين به - وفى طليعتهم الفقيه الفرنسى الكبير « ريبير » Ripert - أن كل قواعد القانون الوضعى قد أصبحت موافقة لما تقضى به الاخلاق ، فان الأخـلاق فى صراع دائم مستمر مع كثير من العوامل الاجتماعية الأخرى على التسلل الى القـانون لتوجيهه وحكمه ، ولكن الغلبة النهائية لابد مكتوبة للأخلاق ، طالما يتطلع القانون الى أساس مثالى وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون فى سبيل المثل الأخلاقية(١) . وهذا يفسر عندهم كثرة القواعد والنظريات الأخلاقية التى توصلت أخيرا الى الدخول فى رحاب القانون ، مثل نظرية التعسف فى استعمال الحـق ونظرية الظروف الطارئة .

ولكن الواقع أن أثر الاخلاق اذا كان غير منكور على القـانون ، فيجب عدم المبالغة فى التضخيم من شأنه ، اذ ما هو الا عامل واحد من ضمن جملة عوامل أخرى يتأثر بها القانون فى تكوينه . وأثر الأخلاق لابد محـدود فى نطاق القانون أمام اختلاف الغاية بينهما ، مما لا يتصور معه بالتالى خضوع القانون خضوعا تاما للأخلاق . واذا كان القانون الحديث يأخذ بقواعد ونظريات لها أصول من الأخلاق ، فان ذلك لا يعنى اصطباغ القانون بصبغة أخلاقية . فهو لا يعتد فى تقرير هذه القواعد والنظريات بما تضع من مثل أخلاقية تمثل السمو والكمال النفسى للفرد ، اذ ليست هذه غايته ، ولكنه يقررها لما تمثل من نفع للمجتمع بما تشيع فيه من عدل ونظام .

غير أن استقلال القانون عن الأخلاق وعدم اختلاطه بها ، لا ينفى تأثره بها فى بعض الأحيان ، حين لا تجد الجماعة مناصا - لتماسك نظـامها - من استلزام قدر معين من الأصـول الأخـلاقية ، كما هو الشـأن فى فكرة « الآداب »(٢) les bonnes moeurs التى يحيطها القانون بحماية كبيرة ، فيفرض احترامها والتزام مضمونها على الأفراد .

---

(١) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14, 15, 206.

(٢) أنظر فى تفصيل هذه الفكرة ما سيرد فى الفصل الثانى من هذا الباب .

المبحث الرابع

القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار مادى جماعى(١)

١٣ — فكرة الجزاء أو الاجبار القانونى

قلنا ان القانون يهدف الى اقامة نظام فى المجتمع عن طريق وضع قواعد سلوك تتوجه الى الأفراد • ولكن لما كانت مخالفه هذه القواعد أمرا متصورا — على خلاف الحال في القوانين والنواميس الطبيعية — لما للأفراد من ارادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعة أو طريق المخـــالفة ، تعين فرض جزاء مادى يرصد على كفالة احترام هذه القواعد ، حتى يستقيم نظام الجمـاعة ويستقر حكم العدل فيها • وليس يتأتى تحقيق ذلك عمـلا عن طريق اعطاء كل فرد الحق فى تقويم مخالفة الآخرين لحـكم القانون بنفسه ، فهذا أيسر الطرق الى سيادة الفوضى ، وشيوع الادعاء والتحكم ، والقضـاء على القـانون من حيث يراد تأكيـــد سلطانه • من أجـــل ذلك تحتم الضرورة وجود سلطـة عامة مختصة فى الجمـــاعة يعهد اليها بكفالة احترام القانون ، عن طريق احتكـار حق توقيع الجزاء بما يخضع لهـــا من قوى مادية قاهرة يستعصى على الأفراد مقاومتها •

فالذى تعنيه فكرة الجزاء اذن هو امكـــان حمل الأفراد جبرا على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختيارا ، وهو ما يعطى للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون • ولذلك يحسن التعبير عن الجزاء القـانونى باصطلاح « الاجبار » (La contrainte) (٢) ، الذى يفصح عن صفته الحـــالة المادية المنظمة التى تثبت له نتيجـة قيام سلطة عامة فى الجمــاعة بقهر الارادات العاصية عن طريق القوة المـــادية(٣) ، ويتيح بذلك فصله عن الجزاء الدينى

(١) أنظر فى هذا الموضوع بخاصة :

Roubier, op. cit., No. 4, pp. 25 - 32. — Dabin, op. cit., Nos. 22 - 35. — Del Vecchio, op. cit., pp. 295 - 301 — Réglade, op. cit., pp. 108 - 112. — Marty at Raynaud, op. cit., t. I, No. 34.

وكذلك كتابنا سالف الذكر ، فقرات ١٧ — ١٩ ، ص ٤٦ — ٥٤ •

(٢) Dabin, Théorie générale du droit, op. cit., No. 27.

(٣) يجب أن لا يستخلص من ذلك أن القانون نظام يقوم على القوة ، فهو يظل قائما على العدل ، وما اعتماده على القوة الا لتسخيرها فى خدمة العدل وكفالته •

الذى توقعه القدرة الالهية فى الآخرة ، وعن الجزاء الأخلاقى الذى ينحصر فى تأنيب الضمير واستنكار الناس ٠

فالاجبار الذى يصحب القواعد القانونية يتميز اذن بأنه مادى محسوس أى بأنه خارجى ظاهر ، وبانه دنيوى يوقع فى الحياة الدنيــا لا فى الآخرة ٠ ويتميز كذلك بأنه اجبــار منظم تتولى سلطــة عامة مختصـــة توقيعه باسم الجمــاعة ، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة ، وذلك بعــد التثبت من وقوع المخــالفة بواسطة سلطة أخرى مختصة هى السلطة القضائية ٠ ومن ثم فالاجبــار الذى يكفل احترام القواعد القانونية انما تختص به السلطات العامة فى الجماعة وتحتكر توقيعه باسم هذه الجماعة دون ان يستقل بتوقيعه الأفراد أنفسهم ٠ ولذلك عرف هذا الاجبار باسم الاجبار العــام أو الجمــعى La contrainte publique ou sociale ٠ ذلك أنه قد اندثر منذ قديم عهد الاقتصاص الفردى حيث كان يأخذ الفرد العــدل لنفسه بنفسه فيحتكر حق ممارسة الاجبار وتوقيعه لحسابه الخاص ٠

ورغم استقلال السلطات العامة بقوة الجزاء والاجبار ، فانها – حيث تعن الحاجة – تنزل عن حق الاجبار الجمــاعى مبيحة الاجبار الخاص عن طريق الاقتصاص الفردى ، وان يكن ذلك فى حدود ضيقة مرسومة ، كما هو الشأن فى حال الدفاع الشرعى(١) ، حيث يباح الدفاع عن النفس أو المــال بالقوة دفعــا لعدوان غير مشروع يقع عليهما ٠ وكما هو الشــأن كذلك فى حق الحبس(٢) فى المجال المدنى ، أى حق من يكون دائنا ومدينا معا – عند وجود التزامين مترابطين – فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالمــا لم يعرض الطرف

---

(١) فى هذا المعنى :
Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 16, p. 62. — Roubier, op. cit., pp. 27, 28.

(٢) فى هذا المعنى :
Dabin, ibid.

ولكن قارن سواء بالنسبة الى الدفاع الشرعى أو بالنسبة الى حق الحبس :
Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 3ème éd., 1948, No. 140. — Dabin, Théorie générale du droit, No. 34, p. 47.

محمود جمال الدين زكى ، دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ ، ص ١٦ ٠

الآخر الوفاء بما عليـــه من التزام (م ٢٤٦/١ مدنى) • فللبائع مثـلا أن يحبس المبيـــع حتى يقوم المشترى بوفـــاء ما هو مستحق عليـــه من الثمن (م ٥٤٩/١ مدنى) . وللمستعير أن يحبس العارية حتى يقوم المعير بايفـائه ما اضطر الى انفاقه للمحافظة عليها(١) •

١٤ ـ الاجبار عنصر جوهرى لقيام القانون

اختلف الفقهاء فى شأن اعتبار الجزاء أو الاجبـــار عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية • فبعضهم لا يرونه لازما لقيامها ، اذ القانون عنـدهم هو مجموع القواعد التى تتجه نحو الاقتران بجزاء(٢) ، دون أن يشترط اقترانها فعـــلا وحتما بهـذا الجزاء • فالجزاء فى هـــذا النظر اذن ليس عنصرا مكونا للقانون ولكنه عنصر خارجى متعلق بمدى نفاذه ، فكون القانون لا يجد اجبارا ماديا يكفل احترام قواعده لا ينفى وجـــوده وان كان يقلل من مدى مفعوله ونفاذه فى العمل •

غير أن من العسير التفرقة بين وجود القـــانون وبين نفاذه ، فوجـود القانون يقتضى حتما نفاذه طـــالما هو يضع نظاما للمجتمع ، ذلك أن تعليـق النفاذ برغبة المكلفين يتبعون القـــانون أو يخالفونه يؤدى الى اختـلال نظام المجتمع ، وهو ما يفقد القانون وظيفته وغايته •

وأيا ما كان الأمر ، فان القائلين بامكان تصور وجود القانون دون جزاء أو اجبار جماعى يكفله ، يدللون على صواب نظرهم بتخلف الجزاء أو الاجبـار فى بعض فروع القـــانون العام خاصـــة كالقانون الدولى العـــام والقانون الدستورى(٣) • ولكننا سوف نرى أن القانون الدولى العام لم تتوافر له بعد

---

(١) راجع فى ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ٦ ، المجلد الثانى ، ١٩٦٣ ، فقرات ٨٤٨ و ٨٥٢ •

(٢) أنظر فى هذا المعنى :
Gény, Science et technique en droit privé positif, t. I, No. 16, pp. 47 - 48 et 51 ; t. IV, p. 252. — Régiade, op. cit., pp. 107 - 109.

(٣) Haesaert, op. cit., p. 100. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 116 - 117. — Marty et Raynaud, op. cit. No. 34, pp. 54, 55.

صفة القـــانون الوضعى الكـامل · وان القـانون الدستورى قانون بالمعنى الكامل ، كل ما فى الأمر أن جزاءه يتشكل فى صـــور مختلفة عن الجزاءات العادية المعروفة فى بقية فروع القـــانون ، وهو أمر تحتمه وتقتضيه طبيعة القانون الدستورى نفســـه ، اذ هو يقيم عادة سلطـات متعددة مستقلة عن بعضها البعض ، فلا يتصور ـ والمخالفة قد تقع من احداها ـ الا انشاء نوع من الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات جميعا تكفل احترام قواعد القـــانون الدستورى · والشعب من وراء ذلك محيط ، ومن فوق هذه السلطات جميعا رقيب ، يملك بوسائله السمية أو الثورية فرض احترام الدستور وتأكيـد سيادة قواعده(١) ·

كل ذلك يفصح عن أن التشكيك فى ضرورة توافر الجزاء أو الاجبـــار لوجود القانون ، تشكيك لا يجد ما يبرره · ومن هنا ينبغى الاقرار بما يذهب اليه جمهور الفقهاء(٢) من أن القواعد القانونية قواعد ملزمة يقوم الاجبـــار الجماعى على كفالة احترامها ·

١٥ ـ صور الجزاء أو الاجبار

لا يتخذ الجزاء أو الاجبار ـ الذى تنفرد بتوقيعه سلطة عامة مختصة فى الجمـاعة ـ صورة واحـدة ، بل تختلف صوره باختـــلاف المكان ، وتتفاوت بتفاوت الزمان ، وتتنوع تبعا لتنوع فروع القانون واختلاف طبيعة قواعده · ورغم اختلاف صور الجزاء أو الاجبار ، فيجمعها كلهـــ معنى واحد هو تمام القدرة على اعطاء القانون صفة تؤكد سيادته وتكفل احترام قواعده ·

ولعل أول صورة تخطر للجزاء فى الذهن هى صورة الجزاء الجنائى ، أى

---

(١) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت ، أصول القانون ، أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ ، فقرة ٢١ ص ٣٢ · وفقرة ١٧٨ ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ١٨ ص ٣١ و ٣٢ · ـ سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٣٧ ·

(٢) راجع بخاصة :

Del Vecchio, op. cit., p. 301. — Roubier, op. cit., No. 4. — Dabin, op. cit., No. 32. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 11.

بالاجبار الذى يتخذ شكل العقوبة · والعقوبة أنواع كثيرة : فقد تقع على جسم المخالف لأحكام القانون ، كالاعدام · وقد تقع على حريته بسلبها أو تقييدها : كالأشغال الشاقة ، مؤبدة كانت أو مؤقتة ، والاعتقال مؤبدا كان أو مؤقتا ، والسجن والحبس والوضع تحت مراقبة البوليس · وقد تقع العقوبة على مال المخالف فتتخذ حينئذ شكل الغرامة أو المصادرة ·

غير أن الجزاء أو الاجبار ليس كله جنائيا ، فهناك الجزاء المدنى وصوره كثيرة متعددة : فقد يتخذ هذا الجزاء صورة البطلان ، وهو ما يكون فى حال ابرام تصرفات قانونية على خلاف القانون ، فلا يعترف القانون بهذه التصرفات ولا يرتب عليها بالتبعية أى أثر قانونى · ومن أمثلة ذلك النص على بطلان هبة العقار التي لا تتم بورقة رسمية (م ٤٨٨ مدني) ، وبطلان كل تصرفات الصغير غير المميز (م ١١٠ مدنى) ، وبطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفا للنظام العام والآداب (م ١٣٥ و ١٣٦ مدنى) : فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة لقاء أجر أو دون أجر ، وكل اتفاق على استئجار منزل بقصد ادارته أو استغلاله فى الدعارة ·

وقد يتخذ الجزاء المدنى صورة محو أثر المخالفة أى ازالة كل أثر ترتب على مخالفة القانون ان كانت الازالة تدخل فى حيز الامكان ، مما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفة ، كسد المطلات المفتوحة على مسافة تقل عن المسافة القانونية المسموح بها ، أو هدم الأبنية المقامة خارج خط التنظيم ·

فان تعذر محو أثر المخالفة ، برزت صورة أخرى للجزاء بديلة عن هذه الصورة هى صورة الجزاء التعويضى ، فيقع الاجبار على مال المخالف بأن يؤخذ منه قدر يعوض من لحقه الضرر عن اضطراره لتحمل آثاره نظرا لاستحالة محوه · فمن دهم شخصا بسيارته مثلا فبتر له ساقه ، لا يستطيع أن يعيد اليه الساق المبتورة ، ولكنه يلزم بأن يدفع اليه تعويضا نقديا يعوضه عن بقائه دون ساق ·

وقد يجتمع الجزاء الجنائي والمدني في نفس الصورة • فمن قتل شخصا عمدا مع سبق الاصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالاعدام ، وقد يلزم فوق ذلك بان يدفع الى ورثة القتيل مبلغا من المـــال على سبيل التعويض • ومن اختلس مالا مملوكا لغيره فهو سارق يعاقب بالحبس مع الشغل ، ويلزم فوق ذلك برد الشيء المسروق أو التعويض عنه ان تعذر الرد • ومن قذف في حق آخر ينال العقـــاب الجنائي ، وقد يلزم بتعويض المقذوف في حقـــه تعويضا ماليا •

الباب الثانى

مدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون(١)

١٦ ـ تنوع قواعد القانون الى آمرة ومكملة يستتبع تفاوت سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق

اذا كان القانون يحكم سلوك الأفراد حكما ملزما يكفله اجبار مادى جماعى ، فقد يظن أنه لا مجال لسلطان الارادة ازاء القانون ، وأنه لا يتصور وجود اتفاقات مشروعة على خلاف ما يقرر القانون . ولكن الأمر ليس على هذا النحو المطلق . ذلك أن قواعد القانون ليست نوعا واحدا ، بل هى تتنوع نوعين كبيرين ، تجد الارادة سلطانا بالنسبة الى أحدهما دون الآخر . فقواعد القانون ، اما قواعد آمرة (Règles impératives) ، واما قواعد مفسرة أو مكملة (Règles interprétatives ou supplétives) .

أما القواعد القانونية الآمرة ، فيقصد بها تلك القواعد القانونية التى لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها . أما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، فهى تلك القواعد التى تلزم الأفراد فى حال عدم انصراف ارادتهم الى مخالفتها .

فكأن مدى سلطان ارادة الأفراد متفاوت بتفاوت نوع القواعد القانونية،

---

(١) أهم المراجع :

H. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 4ème éd., 1921, Nos. 24 - 35. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 69 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 97 - 99. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 67, 68, p. 265. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, par Esmeon, 2ème éd., Nos. 226 - 248.

فسلطان ارادة الأفراد منعدم ازاء القواعد القانونية الآمرة ، بمعنى أن الزام هذه القواعد لهم انما هو الزام بات مطلق ، لا يملكون أمامه الخروج على أحكامها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم · أما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، فسلطان ارادة الأفراد ازاءها كامل موفور ، بمعنى أن للأفراد فى الأصل حق الخروج عليها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم ، والا صارت ملزمة لهم الزام القواعد القانونية الآمرة ·

وقد دعا الى هذا التنوع فى القواعد القانونية ، وتقييد ارادة الأفراد تقييدا كاملا من ناحية واطلاق سلطان هذه الارادة اطلاقا كاملا من ناحية أخرى ، ان النشاط الفردى والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الأهمية والخطر · فمنها ما هو وثيق الصلة بالمجتمع ، عظيم الأثر فى حياته ، بحيث ينبغى استقلال القانون نفسه بتنظيمه ووضع قواعده ، وحماية هذا التنظيم وتلك القواعد من كل عدوان عن طريق منع الأفراد منعا باتا من مخالفتها ، وهنا تظهر القواعد القانونية الآمرة · ومنها ما لا يمس تنظيمه على وضع دون آخر كيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية ، فيباح للأفراد الاستقلال بتنظيمه وفق مشيئتهم وحسب ما تمليه عليهم مصالحهم الخاصة ، وان يكن القانون فى مثل هذه الحال لا ينفض يده نفضا تاما من وضع تنظيم نموذجى يلزم من لا يظهر ارادته من الأفراد فى مخالفته ، وهنا تظهر القواعد القانونية المفسرة أو المكملة(١) ·

فالقاعدة القانونية التى تحرم القتل أو السرقة مثلا قاعدة آمرة ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بحال من الأحوال · والقاعدة القانونية التى تحدد المحرمات من النساء ، قاعدة آمرة بمعنى انه يمتنع على الأفراد مخالفتها بالزواج من احدى هؤلاء المحرمات · والقاعدة

---

(١) يبدو أن اطلاق اسم « القواعد المكملة » على هذه القواعد أكثر دقة ، اذ هى تفترض عادة وجود نقص ارادى تتصدى لاكماله (أنظر فى هذا المعنى Marty et Raynaud, op. cit., No. 96 ، وكذلك كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٥٧ · ولكن قارن فيما يذهب اليه البعض من تبرير تسمية هذه القواعد بالمفسرة بأن سكوت المتعاقدين عن مخالفة هذه القواعد يفيد اتجاه ارادتهم الى الخضوع لأحكامها : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت المرجع السابق . هامش ص ١٦٨ · ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥١) ·

القانونية المقررة فى الشريعة الاسلامية والتى تقرر للذكر مثل حظ الانثيين فى الارث قاعدة آمرة ، بمعنى انه يمتنع على الورثة مخالفتها بالاتفاق فيما بينهم على التسوية بين الذكور منهم والاناث .

أما القاعدة القانونية التى تقضى مثلا بأن يكون الثمن مستحق الوفاء فى مكان ووقت تسليم المبيع (م ٤٥٦ و ٤٥٧ مدنى) ، فهى مجرد قاعدة مكملة لا تطبق الا اذا لم يتفق المتعاقدان على مكان ووقت آخر للوفاء بالثمن . والقاعدة القانونية التى تقضى بأن نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته فى رأس المال (م ٥١٤ مدنى) قاعدة مكملة كذلك ، اذ للشركاء أن يتفقوا على نسبة أخرى لتوزيع الأرباح والخسائر بينهم ، فان لم يتفقوا فالنسبة التى قررتها القاعدة القانونية تلزمهم . والقاعدة القانونية التى تضع على عاتق المؤجر اجراء الترميمات الضرورية فى العين المؤجرة أثناء الاجارة (م ٥٦٧ مدنى) ليست كذلك الا قاعدة مكملة ، فيجوز الاتفاق على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات .

١٧ - توافر صفة الالزام للقواعد المكملة

اذا كان لارادة الأفراد كامل السلطان فى مخالفة القواعد القانونية المكملة وحدها دون القواعد الآمرة ، فهل معنى ذلك أن القواعد الآمرة هى وحدها الملزمة ، وأن القواعد المكملة ليست بقواعد ملزمة ؟

الواقع أن كلا من النوعين من القواعد القانونية تتوافر له صفة الالزام . ولئن كانت هذه الصفة أوضح ما تكون فى القواعد القانونية الآمرة حيث تستعصى مخالفتها على ارادة الأفراد ، فهى كذلك لا تتخلف فى حال القواعد القانونية المكملة . فهذه القواعد الأخيرة ملزمة قانونا اذا لم يوجد اتفاق عن عكسها من جانب الأفراد ، أى أن الالزام فيها موجود وان يكن لا يتوجه الا أن طائفة معينة من العلاقات والروابط هى تلك التى لم تخضعها ارادة الأفراد لتنظيم مخالف(١) .

---

(١) فى هذا المعنى :
R. Capitant, thèse précitée, p. 74.

فتطبيق القاعدة القانونية المكملة ، معقود اذن بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها • فاذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها ، امتنع تطبيقها • ومن هنـــا ، فامتناع تطبيقها ليس معناه أنهـا قاعدة غير ملزمة ، وانما معناه أن هذه القاعدة الملزمة — أمام ما يوجد من اتفاق مخالف — تفتقد شرطا من شروط تطبيقها وهو ما لا يطعن فى وجودها أو الزامها(١) •

وليس يستند الالزام — كما يرى بعض الفقهاء — الى ارادة المتعـاقدين الضمنية بانصرافها عن مخالفـــة القواعد المكملة ، فقد يجهـــلان وجود هذه القواعد ولا ينتفى رغم ذلك الزامها لهم فى حال عـــدم الاتفاق على عكسها ، وانما يقوم الزامها على أساس قوتها الذاتية كقاعدة قانونية تخضـــع لحكمها الملزم الروابط التى لا يحكمها اتفاق مخالف وتتوجه بالخطاب الملزم كذلك الى من لا يخالفها من الأفراد(٢) •

١٨ — معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يراعى أن الأمر فى هذه التفرقة يكون واضحا حينما تتضمن القـاعدة القانونية نفسها تصريحـــا بصفتها الآمرة بالنص مثلا على بطلان كل اتفـاق مخالف لها أو بفرض عقوبة على مخالفتها ، أو حينما تتضمن تصريحا بصفتها المكملة بالنص على اجازة الاتفاق على عكسها •

فمن أمثلة التصريح بصفة القاعدة الآمرة ، كل قواعد قانون العقوبات ، فهى صريحة النص على صفتها الآمرة بما تتضمنه من فرض عقـــوبات على ما تحرمه من جرائم • وكذلك ما ينص عليه التقنين المدنى المصرى من بطـلان التعامل فى تركة انسان بقيد الحياة ولو كان ذلك برضاه (م ١٣١) ، وبطلان كل اتفاق على خلاف ما يقرره هذا التقنين للقاضى — فى حال الظروف الطارئة

---

(١) فى هذا المعنى :
Del Vecchio, op. cit., p. 291.

عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٦٩ ، ص ٩٣ • — سليمان مرقس، فقرة ٥٢ ، ص ٦٨ ، ٦٩ •

(٢) أنظر فى انتقاد القول بأن القواعد المكملة مجرد قواعد ملزمة انتهاء لا ابتداء : سليمان مرقس ، عبد الفتـــاح عبد البـاقى ، المواضع السابقة — كتابنا ســـالف الذكر ، فقرة ٢١ ، ص ٥٩ و ٦٠ •

— من سلطة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ٢/١٤٧) ، وعدم جواز النزول مسبقا عن التقادم أو تغيير مدته (م ١/٣٨٨)

ومن أمثلة التصريح بصفة القاعدة المكملة ما ينص عليه التقنين المدنى المصرى : من أن تسليم المبيع يتم فى مكان وجوده وقت البيع ، ما لم يتفق على مكان آخر (م ٤٦٣) ، ومن أن نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ونفقات تسلم المبيع تكون على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف (م ٤٦٢ و ٤٦٤) ، ومن أن للمستأجر حق النزول عن الايجار أو الايجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك (م ٥٩٣) ٠

غير أن كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل بنفسه بيان صفته الآمرة أو المكملة ٠ وحينئذ تتحدد التفرقة بين النوعين من القواعد بالرجوع الى معيار معين هو معيار النظام العام L'ordre public و لآداب Les bonnes mœurs وهو معيار مسلم فى الفقه والقضاء ، ويأخذ به المشرع المصرى صراحة فيما ينص عليه من بطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفا للنظام العام أو الآداب (م ١٣٥ و ١٣٦ مدنى) ٠

وعلى ذلك ، فحيث لا يوجد من المشرع تصريح بصفة القاعدة القانونية ، فكل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد آمرة لا قبل للأفراد بمخالفتها(١) ، أى أن سلطان الارادة يكون منعدما ازاءها ٠ وكل القواعد القانونية التى لا تتصل بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد مكملة ، لارادة الأفراد مطلق السلطان فى مخالفتها والخروج عليها ٠

١٩ — مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها

يراعى أن فكرتى « النظام العام » و « الآداب » — كفيصل للتفرقة بين

---

(١) ليست كل المسائل التى تتعلق بالنظام العام أو الآداب تتضمنها حتما نصوص قانونية٠ ولذلك فقد تتحقق المخالفة للنظام العام أو الآداب دون أن يحصل خرق لنص قانونى معين ٠- (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦١ والمراجع المشار اليها فيه) ٠

القواعد الآمرة والقواعد المكملة - ليستا الا مجرد فكرتين معياريتين تستعصيان على التحديد الجامد الثابت ، فهما مثلان من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التى تصل القانون بأسباب التطور ، وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع • ومن هنا كانت هاتان الفكرتان فكرتين نسبيتين يختلف مضمونهما باختلاف المكان والزمان على السواء • فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب فى جماعة ، قد يعتبر من هذه القواعد فى جماعة أخرى أو فى نفس الجماعة ولكن فى زمان مختلف •

ومهما يكن من أمر ، فالثابت انه حيث يسود المذهب الفردى وتطلق الحرية للأفراد ، يعظم سلطان ارادتهم فى تنظيم علاقاتهم وفق ما يشاءون ، وتنكمش فكرة النظام العام فى أضيق نطاق ، فتنحصر القواعد الآمرة فى قلة ضئيلة ترد على سلطان الارادة ، وتكثر القواعد المكملة لهذه الارادة • أما حيث يسود المذهب الاجتماعى - كما هو المشاهد فى العصر الحديث فى أغلب الدول - فيكثر تدخل الدولة ويتسع نطاق فكرة النظام العام اتساعا يضعف معه سلطان الارادة ، وتكثر القواعد القانونية الآمرة(١) •

ففكرة النظام العام والآداب اذن فكرتان مرنتان نسبيتان ، تستعصيان على التحديد الجامع المحكم ، لأن نطاقهما متغير بتغير الجماعات وتغير الزمان • ورغم ذلك فقد يمكن اعطاء معيار أو موجه عام يستهدى به فى الكشف عن مضمونهما وتعرف ما يدخل فى هذا المضمون من مسائل فتكون القواعد القانونية التى تحكمها قواعد آمرة ، وما يخرج عنه من مسائل فتكون القواعد القانونية التى تحكمها قواعد مكملة •

٢٠ - النظام العام(٢)

يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المصالح الأساسية للجماعة ، أى

---

(١) أنظر فى ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢٢٨ •

(٢) أنظر فى ذلك بصفة خاصة :

= Pascanu, La notion d'ordre public par rapport aux transformations

مجموع الأسس والدعامات التى يقوم عليهـــا بناء الجمـاعة وكيانهـــا بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها • ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أى المتعلقة بالنظـــام العام ، قواعد آمرة لا تملك الارادة الفردية ازاءها أى سلطان أو قدرة على مخالفتها ، اذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهيـــار والتصدع ، فلا يسمح لأى كان بأن تجرى ارادته على خلافها •

وفى الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام أى من القواعد الآمرة ، قواعد قانون العقوبات التى ترسى دعامة الأمن فى المجتمع • فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة أو على عدم ارتكاب جريمة لقاء أجر معلوم ، أو على تحمل شخص المسئولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم •

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة ، وهى التى تنص عليها الدساتير عادة ، كالحرية الشخصية وحرية العقيـــدة وحرية الرأى وحرية الانتخاب(١) والترشيح • فيقع باطلا التعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعهد بعدم الكتابة فى الصحف والتعهد بعدم التصويت فى الانتخابات أو الترشيح فيها •

وكذلك يعتبر عادة من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العـام ، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائى فيما عدا الاختصاص المحلى(٢) • ولذلك لا يجوز

---

du droit civil, Paris 1937. — De La Morandière, L'ordre public en = droit, privé interne, étude de droit civil à la mémoire de H. Capitant, pp. 381 et s; La notion d'ordre public en droit privé. Cours de droit civil approfondi, 1950 - 1951. — Malaurie, L'ordre public et le contract, t. I, 1953.

(١) أصبح التصويت فى الانتخاب وفى الاستفتاء واجبا فى مصر اليوم وليس مجرد حرية من الحريات •

(٢) وهذا ما عليه الحال اليوم فى تقنين المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . اذ تنص المادة ١٠٩ منه على أن « الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها • ويجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى • وهذا هو نفس الحكم الذى كان مقررا أصلا فى تقنين المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (م ١٣٤) • غير أن المشرع المصرى — بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ — استبعد الاختصاص المبنى على قيمة الدعوى من عداد مسائل الاختصاص المتعلقة بالنظام العام• ثم عاد فى تقنين المرافعات الحالى الى =

الاتفاق على رفع دعوى من إختصاص جهة قضائية معينة أمام محـاكم جهة قضائية أخرى ، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصـاص القضاء الادارى الاستشارى أمام محاكم القضاء العادى • ولا يجوز كذلك - حتى داخل نفس الجهة القضائية - الاتفاق على رفع دعوى تدخل نوعيا او قيميا فى اختصاص محكمة معينة أمام محكمـة أخرى ، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية أمام المحكمة الجزئية •

وكذلك يعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقـة بالأسس الاقتصادية للجماعة ، كفرض سعر الزامى للعملة الورقية ، فيعتبر باطلا كل اتفاق على الدفع بالذهب لأنه يخالف مصلحة عامة أساسية للجماعة هى ثبات النقد فيها واستقراره •

ولئن كانت القواعد المتعلقة بالنظام العـام أوفر ما تكون فى نطـاق القانون العام كما يتبين من الأمثلة التى قدمناها ، فالقانون الخـاص كذلك لا يخلو منها ، وخاصة منذ أن كثر تدخل الدولة فى العصر الحديث ، فأكثرت من القيود على سلطان ارادة الأفراد فى ابرام التصرفات القانونية •

فقواعد الأهلية تعتبر من القواعد الآمرة لتعلقها بالنظام العام • ولذلك - كما تقول المادة ٤٨ من التقنين المدنى المصرى - « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعـديل فى أحكامهـا » • وكذلك الشأن فيما يتعـلق بقواعد الولاية ، فلا يجـوز للولى أو الوصى أو القيم تعديل اختصاصاته وحقـوقه المنصوص عليها فى القانون •

والقواعد التى تحكم الحالة المدنية للشخص هى من القواعد الآمرة كذلك لتعلقها بالنظام العام ، فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها • فيقع باطلا كل اتفاق على تغيير الجنسية أو الاسم فى غير الأحوال التى يحـددها القانون أو دون اتباع الاجراءات المبينة فيه للحصول على هذا التغيير •

= الوضع القديم فاعتبره من جديد متعلقا بالنظام العام (راجع فى ذلك : أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، ١٩٦٩ ، فقرة ٢٦٣ ، وهامش «١» ص ٢٨٦ • - رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنيـة والتجارية ، ط ٩ ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ، فقرات ٢٦٨ و ٢٦٩ • - أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط ١٠ ، ١٩٧٠ ، فقرة ٣٥٧) •

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام فتكون قواعد آمرة ، لأن الأسرة هي الخلية الأولى للمجتمع فتكون القواعد التي تحكمها في مقدمة الأسس التي يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها • فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر • فيقع باطلا كل اتفاق على النزول مقدما عن المطالبة بالنفقة التي يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين ذوي الأرحام • ولا يجوز كذلك للزوج المسلم النزول مقدما عن حقه في طلاق زوجته(١) أو في التزوج عليها • ولا يجوز له كذلك النزول عن حقه في الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، لأن حقه في الطلاق وفي تعدد الزوجات بما لا يزيد على أربع من قواعد النظام العام (بالنسبة للمسلمين) ، لتعلقه بالأسس العائلية التي يقوم عليها بناء الجماعة •

وهنا تبدو لنا نسبية فكرة النظام العام ، واختلاف مضمونها باختلاف الجماعات ، ففي الدول الغربية مثلا ـ على خلاف الحال في مصر والدول العربية عموما بالنسبة للمسلمين ـ تعتبر وحدة الزوجة من النظام العام ، فلا يجوز الزواج بأكثر من واحدة • وكذلك تبدو نسبية فكرة النظام العام من حيث الزمان ، فقد كانت الدول الغربية تعتبر أبدية الزواج من النظام العام ، ثم تطور الأمر فيها فأباحت أكثرها انفصام الزواج بالطلاق في حالات معينة ، ولذلك يعتبر باطلا نزول أحد الزوجين مقدما عن حقه في طلب الطلاق في احدى هذه الحالات •

وكذلك يعتبر متعلقا بالنظام العام بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد نظرا لاتصالها بالمصالح الأساسية للجماعة : فلا يجوز الاتفاق مثلا على منع قسمة الشيء الشائع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني) • ولا الاتفاق على فائدة تجاوز الحد الأقصى المشروع (م ٢٢٧ مدني) • ولا الاتفاق على منع انقاص الالتزام المرهق في حال

---

(١) ولكن ليس ثم ما يمنع من تعهد الزوج مقدما بتعويض زوجته اذا هو طلقها في يوم من الأيام (أنظر نقض ٢٩ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ٣٥ ، ص ٨٥) •
وانظر كذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، هامش «٥» ص ٤١٠ •

الظروف الطارئة (م ١٤٧ مدنى) أو منع تعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها فى عقود الاذعان (م ١٤٩ مدنى) .

٢١ - الآداب(١)

يقصد بالآداب الأصـــول الأسـاسية للأخلاق فى الجماعة ، أى مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقـائه سليما من الانحلال . من أجل ذلك لا يتصور أن تكون القواعد القانونية المتعلقة بمثل هـــذه الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقـــائه سليما من الانحلال الا قواعد آمرة يمتنع على الأفراد مخالفتها والاتفاق على عكسها بارادتهم ، لأن مخالفتها تصدع كيان الجماعة الأخلاقى .

فليس يقصد اذن بالقـواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق - والا اختلط القانون بالأخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما فى الغاية والهدف كما سبق البيان - وانما يقصد بهذه القواعد الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذى تعتبره كـــل جماعة لازما لوجودها وكيانها بحيث تفرض على الجميـــع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه(٢) .

وفكرة الآداب على هذا النحو ، كفكرة النظـام العــــام ، فكرة نسبية تتفاوت بتفاوت الجماعات ، لأن العبرة فى مضمونها هى بما تعتبره كل جماعة فى زمن معين من الأصول الأساسية للأخلاق فيها . وهى تخضع فى ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات والتقـاليد والدين فيها . ولمـا

---

(١) أنظر فى ذلك بصفة خاصة :

Oprea, Essai sur la notion des bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand, thèse, Paris, 1945. — Bonncease. La notion juridique de bonne moeurs, sa portée en droit civil français, Etudes Capitant, p. 94 et s. — Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs, Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t. I, pp. 53 et s.

(٢) وبذلك تعتبر فكرة الآداب - كما سلفت الاشارة - مثلا من الأمثلة القليلة الصادقة على تأثر القانون بالأخلاق وحاجته فى سبيل تدعيم نظام المجتمع وتماسكه الى استلزام حد أدنى من الأصول الأخلاقية ، لا يبيح للأفراد الخروج عليه بحال من الأحوال .

كانت هــذه الظروف تتغير مع الزمن ، فان فكرة الآداب يختلف مضمونها كذلك فى الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والأجيال فيها .

ففى بعض الدول كفرنسا مثلا لم يكن يسمح للولد غير الشرعى برفع دعوى لاثبات نسبه لمخالفة ذلك للآداب ، ثم تطور تصور الجماعة لفكرة الآداب من هــذه الناحية فأصبح مباحا الآن اثبات النسب . وفى أغلب الدول كان عقد التأمين على الحياة وعقد الوساطة فى الزواج يعتبران باطلين لمخالفتهما للآداب ، ثم تغير النظر اليهما فأصبحا اليــوم من العقود المشروعة . وأغلب الجماعات لا تزال ترى فى الاتفــاقات الخاصة بانشاء نواد للعراة مخــالفة للآداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الحديثة الى ذلك فأصبحت تعتبر مثل هذه الاتفاقات المشروعة .

ومن بين الأمثلة الواضحة على مخالفة الآداب الاتفاقات الخاصــة بادارة أو بايجار أو استغــلال البيوت المعدة للدعــارة أو القمــار(١) . والاتفاقات الخاصة بانشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة ، وخاصة التعهدات بدفع مبلغ من المال لقاء قيام مثل هذه العلاقات(٢) .

٢٢ ـ سلطة القاضى فى تحديد مضمون النظام العام والآداب

اذا كانت فكرة « النظــام العــام » وفكرة « الآداب » فكرتين مرنتين

---

(١) ولكن الغالب أن يستثنى المشرع بعض أنواع القمار ، فيعتبر العقود الخاصة بهــا صحيحة غير مخالفة للآداب . ومن قبيل ذلك ما أورده المشرع المصرى من استثناءات تتعلق بما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب ، وبالمراهنات بــين المتبارين شخصيا فى الألعــاب الرياضية (م ٧٤٠ مدنى) . وهذه الاستثناءات مفهومة : ففيما يتعلق بأوراق النصيب ، يعتد بما يتحقق عن طريقها من انفاق الحصيلة المتجمعة منها ـ بعد توزيع الجوائز ـ فى أعمال البر والخير . وفيما يتعلق بالمراهنات بين المتبارين شخصيا فى الألعاب المذكورة ، واضح القصد من تشجيع التنافس على التفوق فى مثل هذه الألعاب (أنظر مذكرة المشرع التمهيــدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٥ ، ص ٣٠٣ و ٣٠٤) .

(٢) من الواضح أن الاتفاق اذا كان على انهاء علاقة جنسية غير مشروعة مع الالتزام بدفع مبلغ من المال فهو اتفاق مشروع لا مخالفة فيه للآداب ، اذ يتضمن بذلك فكرة تعويض المرأة عما يكون قد أصابها من ضرر نتيجة العلاقة السابقة المخالفة للآداب ، أو فكرة معاونتها على بدء حياة جديدة شريفة (فى هــذا المعنى : Planiol, Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. V, Obligations, par Esmein, 2e. éd. No. 282.
ـ عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ فقرة ٢٣٨) .

معياريتين تعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونهما نظرا لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان ، الا أن القاضي لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية في هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها • ففكرة النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان ، أي تنسبان الى جماعة معينة في زمن معين ، ولذا فالقاضي - في تحديد مضمونهما - مقيد ، لا بما يراه هو ، ولكن بالتيار العام السائد بشأنهما في هذه الجماعة المعينة وفي ذلك الزمن المعين(١) •

٢٣ - جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد آمرة(٢) ، تعتبر قيدا على سلطان الارادة في ابرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن ارادة الأفراد تتقيد باحترام هذه القواعد ، بحيث يترتب على كل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذي يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا • ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالاجازة ، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ،

---

(١) في هذا المعنى : مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٢٢٣ •

ولذلك يكون من الطبيعي أن يعتبر تحديد مضمون النظام العام والآداب مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، دون أن يستقل بتقديرها قاضي الموضوع (أنظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص ٤٠١ ، هامش «٢» • - أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٥ ، ص ٢٠٤ ، الهامش) • وفي ذلك ضمانة كبرى لاقامة هذا التحديد على أسس موضوعية لا شخصية (أنظر .(De la Morandière, article précité, p. 389) •

(٢) اذا كانت كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد آمرة ، فالعكس ليس بصحيح • فقد توجد قواعد آمرة ينص المشرع على صفتها الآمرة ولكنها لا تكون لذلك متعلقة بالنظام العام ، ولهذا لا يترتب البطلان المطلق جزاء على مخالفتها • ومن قبيل ذلك بعض القواعد التي يقصد بها حماية القاصر • فانه اذا كان مبدأ حماية القاصر أمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تعهد القاصر مقدما بالنزول عما يقرره القانون له من حماية ، الا أن تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لا يتعلق بالنظام العام • ولذلك فان القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للابطال لمصلحته • وهو بذلك لا يقرر البطلان المطلق جزاء على قيام القاصر بابرام مثل هذه التصرفات ، وانما يكتفي بالبطلان النسبي ، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التي تحرم انفراد القاصر باجراء مثل هذه التصرفات بالنظام العام مباشرة (في هذا المعنى : .H. Capitant, op. cit., p. 63, note (1) - Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 99, p. 163 - محمد علي عرفة ، مبادىء العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٢ - ١٠٤) •

وعلى القـــاضى أن يحكم به من تلقـــاء نفسه ولو لم يطلب اليه أحد الخصوم ذلك(٢) ٠

والقاعدة أن البطلان يستتبع حتما اعادة الحال الى ما كانت عليـــه قبل التصرف أو الاتفاق ، أى رجوع كل شىء الى أصله ، فيكون لمن سلم شيئا الى آخر تنفيذا للاتفاق الباطل حق استرداده ٠

غير أن القضاء فى فرنسا يجرى ـ اتباعا لقـاعدة تقليدية مستقرة فى القـــانون الرومانى منذ قديم ـ على منع من أوفى بالتزام مخالف للآداب من استرداد ما أداه اذا كانت المخالفة للآداب آتيـة من ناحيته هو ، لأنه طـرف ملوث لا يجوز له الاحتجاج بتلوثه ومخالفته للآداب لاسترداد ما أدى ٠ وقد انحاز القضاء المصرى فى مجمـوعه(٢) الى هذا الاتجاه فى ظل التقنين المدنى القديم ٠ ولكن هذه القاعدة الرومانية التقليدية كانت محل هجوم وانتقـاد جمهور الفقه ، سواء فى فرنسا أو مصر ، لأنهـا تخالف منطق البطلان الذى يحتم ارجاع كل شىء الى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات ٠

وقد هم المشرع المصرى بمتابعة القضاء المصرى فيما كان مستقرا عليـه من التزام القـــاعدة الرومانية ، اذ وضع نصا يقررها فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى ٠ ولكن لجنة المراجعة رأت من بعد حذف هذا النص على أساس أنه « لا يتمشى مع منطق البطلان »(٣) . فظهر التقنين الحـــالى خاليا منه ٠ وهو ما يخول القول ، مع جمهور الفقه المصرى ، بأن المشرع المصرى قد أفصح بجلاء عن قصده فى استبعاد القـــاعدة الرومانية وترك منطق البطلان

---

(١) يختلف البطلان النسبى عن البطلان المطلق فى ذلك كما سيرد البيان ، اذ فى البطلان النسبى يكون التصرف القانونى صحيحا ولكنه قابل للابطال لمصلحة أحد الأشخاص ، ولذلك فان طلب الابطال لا يكون الا من قبل من جعل له القانون حقـــا فيه ، ويزول حق الابطال بالاجازة الصريحة أو الضمنية من جانبه (م ١٣٨ و ١٣٩ مدنى) ٠

(٢) انظر فى الاشارة الى أحكام هذا القضاء : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ . هامش رقم «٣» ص ٥٣٦ ٠

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٢٥٨ ٠

يرتب كل آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الآداب(١) ·

وعلى هذا النحو ، نستطيع أن نؤكد استبعاد القـاعدة الرومانية ، فى القانون المصرى الحالى ، بحيث لا يعود ثم فارق فيه اليـوم بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفـة القواعد المتعلقة بالآداب · فالجزاء واحد فى الحالين وهو البطلان ، بما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل ·

---

(١) فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع الســـابق ، ج ١ ، فقرة ٣٢٨ · ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٧٦ هامش «١» ، أصول الالتزامات ، ج ١ فى مصــادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ٢٢٨ ، ص ٣١٠ ؛ ولكن أنظر فيما يقترحه ، بعد انتقاد مسلك المشرع المصرى ، من وجوب النص على مصـادرة المبلغ المحكوم باسترداده لحساب الخزانة العامة ، ص ٣١٢ · ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٨٠ ، ص ١١٠ ·

الباب الثالث

انقسام القانون وفروعه

٢٤ ـ تمهيـــد

يجرى الفقهاء على تقسيم القـانون تقسيمات عـدة ، يعنينا منها الاشارة الى تقسيمين اثنين : الأول ، هو تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والثانى هو تقسيم القانون الى قانون موضوعى وقانون شكلى •

ويقوم هذا التقسيم الأخير للقانون على أساس أن القـانون الموضوعى يضع أحكـــاما موضوعية للعلاقات التى يتصدى لحكمها يحدد فيهـا الحقوق والواجبات المختلفة • بينما يقتصر القانون الشكلى على بيان الاجراءات الكفيلة باعمال القانون الموضوعى وتطبيقه ، فقانون الاجراءات أو المرافعات المدنيـة والتجارية مثلا قانون شكلى ، لأنه يبين الاجراءات الواجب اتباعها فى سبيل الحصـــول على ما يقرره القـــانون المدنى والقانون التجارى ـ وهما قانونان موضوعيان ـ من حقوق •

ولكن التقسيم الأول للقانون الى قانون عام وقانون خاص هو التقسيم الرئيسى للقانون(١) • وهو تقسيم تقليدى لا يزال مستقرا ومسلما فى الفقه الحديث حتى من جانب الفقهاء الذين يهاجمونه ، إذ هو ذو فائـدة عمليـــة واضحة ناشئة عن التفرقة الواجبة فى المعاملة بين الدولة صـاحبة السلطان فى الجماعة وبين الأفراد الخاضعين لهذا السلطان •

---

(١) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من أن التقسيم الرئيسى للقانون هو تقسيمه الى موضوعى وشكلى أو اجرائى ، بينما يعتبر تقسيم القانون الى عام وخاص تقسيما تاليا وتابعا له (أحمد مسلم ، المنطق والواقع فى التنظيم الوضعى لروابط الدولية ، مجلة القـــانون والاقتصاد ، ١٩٥١ ، ص ٧٩ ، هامش «١») •

وسوف نقتصر على بيان هذا التقسيم الرئيسى للقانون ، فنعرض لمبدأ هذا التقسيم وللفروع التى تندرج تحت كل من قسميه ، ولتلك التى تنتمى الى القسمين معا فى آن واحد ·

المبحث الأول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص(١)

٢٥ ـ تاريخ التفرقة

تعتبر التفرقة بين القانون العام (le droit public) والقانون الخاص (le droit privé) تفرقة تقليدية قديمة · فقد عرفها الرومان ، حيث كانوا ينظرون الى الدولة باعتبارها سلطة عـــامة تعمل للصالح العام ، وتعلو على المصالح الخاصة التى تترك الحرية للأفراد فى سبيل تحقيقها تأكيـــدا للنزعة الفردية التى كانت سائدة حينئذ ·

ولكن مثل هذه التفرقة لم تلبث أن اختلطت وانطمست معالمهـــا فى العصور الوسطى أمام ضعف الدولة وعدم وجود هيئة عامة تتركز فيها وحدها السيادة المطلقة فى الجماعة ·

غير أن تأكد سلطان الدولة وانتصار النزعة الفردية ومذاهب الحرية فى مطلع القرن التاسع عشر ، قد مكن للفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة بما أتاح اعادة التفرقة القديمة بين القانون العام والقانون الخاص فى صورة واضحة المعالم ·

الا أن انحسار النزعة الفردية منذ أواخر القرن الماضى ، وظهور النزعة الاجتماعية وانتشارها بما يصحبها من ازدياد تدخل الدولة فى مختلف شئون

---

(١) أهم المراجع :

Eisenmann, Droit public, droit privé, Revue du droit public et de la science politique, 1952, pp. 904 - 979. — Morellet, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueils d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t. III, pp. 136 - 142. — Riezler, Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public, Etudes Lambert, t. III, pp. 117 - 136. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 39 - 41.

وكتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢٩ ـ ٤٦ ، ص ٧٣ ـ ١٠٠ ·

النشاط فى الجماعة ، قد أوجد اختلاطا وتداخلا كبيرا بين نشاط الفرد ونشاط الدولة ، مما حدا ببعض الفقهاء الى الظن بأن معالم التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص فى طريقها الى الزوال ، وان العصر الحديث يشهد ظاهرة اجتياح القانون العام للقانون الخاص(١) ٠

غير أن مثل هذا الظن ليس صحيحا(٢) ٠ فلا يعنى ازدياد تدخل الدولة فى شئون النشاط الفردى ، وازدياد حكمها لهذا النشاط بقواعد آمرة دون تركها مجالا كبيرا لسلطان ارادة الأفراد ، ان مثل هذه القواعد تدخل فى نطاق القانون العام ، اذ الاعتبار فى هذا الشأن يكون لطبيعة ما تعرض له هذه القواعد من موضوعات لا للصفة الآمرة أو المكملة لمثل هذه القواعد ٠ فقواعد القانون الخاص التى تتحدد صفتها الخاصة على أساس طبيعة ما تعرض له من موضوعات ، تظل لها هذه الصفة ، فلا يقلبها الى قواعد القانون العام مجرد فرضها كقواعد آمرة ٠

ولذلك فان مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما يزال معتبرا الى اليوم مسلما به فى الفقه الحديث بوجه عام(٣) ٠

٢٦ ـ معيار التفرقة

اذا كانت التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص ما زالت الى اليوم مسلمة ومستقرة فى الفقه الحديث رغم ما تعرضت له من هجمات ،

---

(١) أنظر فى ذلك خاصة :
Savatier, Du droit civil au droit public, 1945 — Josserand, La publication du contrat, Etudes Lambert, t. III, No. 145, pp. 142 - 158. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 390 - 393.

(٢) راجع فى ذلك :
Eisenmann, article précité, Nos. 9 . 29, pp. 913 - 923. — Roubier, op. cit., pp. 251, 252. — H. Mazeaud, Défense du droit privé, Dalloz, 1949, chr., p. 17.

(٣) أنظر مع ذلك مهاجمة مبدأ التفرقة :
على البارودى ، فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام ، مجلة الحقوق ، السنة الثانية عشرة ٠ العددان الثالث والرابع ، ص ١٩٦ ـ ٢٠٧ ٠

الا أن الوقوف على معيارها ليس بالأمر الهين حيث لا يزال اختـــلاف الفقهاء كبيرا فى هذا الشأن ٠

ولعل المعيار التقليدى لهذه التفرقة ، هو ذلك الذى يقيمها على أساس الأشخاص أطراف العلاقات القانونية ٠ فحيث يتعلق الأمر بالدولة وعلاقتهـا بالأفراد أو بالدول الأخرى ، نوجد بصدد القانون العام ٠ وحيث يتعلق الأمر بالفرد وعلاقاته بغيره من الأفراد ، نوجد بصدد القانون الخاص(١) ٠

ومثل هذا المعيار ، ان كان صحيحا فى ظاهره وفى النتائج التى تتفرع عليه فى أكثر الفروض ، الا أن من العسير اعتباره صحيحا على اطلاقه ٠ ذلك أن الدولة كثيرا ما تدخل فى علاقات مع الأفراد ، لا بصفتها صاحبة السلطة والســـيادة فى الجمـاعة ، ولكن بوصفها مجرد شخص معنوى عادى كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة ، وحينئذ لا يتأتى منطقا اخضاع مثل هذه العلاقة لقواعد القانون العام ، بل تحكمها قطعا قواعد القانون الخاص ٠ فالدولة حين تقوم مثلا باستغلال أموالها الخاصة ــ لا الأموال العامة ــ وتعقـــد عقودا فى سبيل ذلك ، انما تظهر كشخص عـــادى لا كشخص عام يمثـل السيادة فى المجتمع ، ولذلك يخضع نشاطها هذا للقانون الخاص ، كما يخضع لذلك أى استغلال أو عقد مماثل يقوم به أو يبرمه فرد من الأفراد ٠ ومن هنـــا يبدو عدم امكان الاعتماد على شخص الدولة كمعيار فاصل للتفرقة بين القـــانون العام والقانون الخاص ٠

ومن أجل ذلك ، حاول بعض الفقهاء التماس معيار جديد لهذه التفرقة ، فأقامها على أساس اعتبار أن القـــانون العام قانون سيطرة أو قـــانون أمر ، واعتبار القانون الخاص قانون حرية أو سلطان ارادة ، وبذلك يصبح الخضوع مرادفا للقانون العام ، والحرية مرادفة للقانون الخاص(٢) ٠

---

(١) Montesquieu, De l'esprit des lois, éditions Garnier, t. I, chapitre III, p. 9.

(٢) أنظر فى هذا المعنى :
Savatier, op. cit., pp. 5 - 9.

ولكن مثل هذا المعيار بدوره لا يعتبر صالحا من كل الوجوه ، فليست كل قواعد القانون العام قواعد سيطرة ، واخضاع للفرد والكار لحرية الارادة والاختيار ، فثم قواعد — كالقواعد الدستورية المقررة للحريات الفردية — لا يمكن أخذها على هذا الأساس ، أو اعتبارها لذلك من قواعد القانون الخاص(١) · ومن ناحية أخرى ، فالقانون الخاص كذلك ليس كله قانون الحرية والرضا وسلطان الارادة ، اذ سلطان الارادة يتوقف حتما أمام القواعد الآمرة أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ، وهي قواعد أصبح يزخر بها القانون الخاص في العصر الحديث ، دون أن يصح اعتبارها لذلك — كما سبق البيان — من قواعد القانون العام(٢) ·

وثم معيار آخر يأخذ به بعض الفقهاء المحدثين — وهو نفس المعيار الذى كان معروفا عند الرومان (٣) — يتلخص في ارجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الى اختلاف طبيعة المصلحة التي تهدف الى تحقيقها أو حمايتها كل منهما · فالقانون العام هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، والقانون الخاص هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة ·

ولكن مثل هذا المعيار غير دقيق ، وهو ينتهى حتما الى الاختلاط التام بين القانون العام والقانون الخاص وانطماس الحدود بينهما ، اذ من العسير الفصل التام بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة · ولذلك فان القانون العام اذا كان يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، فان تحقيق هذه المصلحة يستتبع بذلك تحقيق بعض المصالح الخاصة ، وكذلك فلئن كان القانون الخاص يهدف الى تحقيق مصالح خاصة ، فهو يحقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة ، اذ لا يتصور — والقانون يتصدى لتنظيم الحياة الاجتماعية — أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة اذا تعارضت مع المصلحة العامة

---

(١) Einsenmann, article précité, pp. 928 - 929.

(٢) أنظر في هذا المعنى :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 63. — Roubier, op. cit., No. 29, p. 247.

(٣) Roubier, op. cit., No. 29, p. 248. — Du Pasquier, op. cit., No. 167.

للجماعة(١) . ولذلك ، فالزواج مثلا — وهو من أنظمة القانون الخاص — اذا كان يحقق مصالح خاصة فرديه ، الا أنه يحقق فى نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة ، بل لعل تكوين الأسرة وتنظيم العلاقات بين أفرادها يعتبر فى طليعة المصالح العامة للجماعة .

وأمام نقص معيار طبيعة المصلحة ، وجد معيار آخر — يعتبر تنقيحا للمعيار التقليدى الأول — هو معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية ، بمقتضاه يكون القانون العام هو الذى يحكم العلاقات التى تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة فى الجماعة ، ويكون القانون الخاص هو الذى يحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفرادا(٢) .

وهذا المعيار الأخير قد يكون قريبا الى الصواب ، وان يكن لا يسلم كذلك من النقد(٣) . ولكنه على أى حال يصلح نقطة بداية للوصول الى معيار أسلم ، اذ هو يخفى وراءه المعيار الذى نراه حقيقا بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ، ذلك أن صفة الأطراف فيها انما تستمد من هذه الطبيعة . ومن هنا ، يمكن أن نقول ان القانون العام هو الذى يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها . أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص(٤) .

---

(١) فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 29, pp. 248, 249. — Del Vecchio, op. cit., p. 292. — Riezler, article précité, pp. 126 - 130. — Eisenmann, article précité, pp. 934 - 936.

(٢) فى هذا المعنى :
Riezler, article précité, p. 131. — Eisenmann, article precité, pp. 903, 964.

(٣) اذ يقال ان الأفراد حينما يمارسون الحريات العامة أو يشاركون فى تكوين السلطة العامة بالانتخاب مثلا ، انما تحكمهم — كما هو مسلم — قواعد القانون العام ، رغم أنهم لايقومون فى الواقع باستعمال حقيقى لحق السيادة (أنظر : (Roubier, op. cit., No. 29, p. 250

(٤) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 64. — Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., p. 293.

٢٧ - أهمية التفرقة(١)

اذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة فى الفقه ، فان أهميتها ليست محض أهمية نظرية ، بل هى كذلك عملية .

فالقانون العام - وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة - يزود السلطات العامة فى الجماعة بمكنات لا يخولها القانون الخاص للأفراد . فللسلطات العامة مثلا اتخاذ قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، أو الالتجاء الى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به مما يدخل فى اختصاص وظيفتها المباشرة ، كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة .

وعلاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد معينة تختلف عن القواعد التى تحكم علاقة رب العمل الخاص بعماله ومستخدميه ، اذ فى الحالة الثانية حيث لا يتصل الأمر بحق السيادة يتصور اعطاء العمال جانبا غير قليل من الحرية ازاء رب العمل يصل عادة الى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب ، بينما لا يتصور ذلك عادة فى علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وانهم بحكم وظائفهم يقومون على تسيير المرافق العامة وهو ما لا يحتمل التوقف أو التعطل .

وتتقرر مسئولية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة ومسئولية الموظفين فيها على أسس وقواعد مختلفة عن القواعد العامة المقررة فى القانون الخاص بشأن مسئولية الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة .

وتخضع العقود التى تعقدها الادارة غالبا لقواعد استثنائية تخالف القواعد العادية المقررة للعقود فى القانون الخاص ، فقد يثبت للادارة منفردة

---

(١) راجع فى ذلك :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 245, 246. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 40.

عبد الحميد متولى ، المفصل فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٧ .

الحق فى الغاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التخلف أو التقصير فى تنفيذه ٠

ولذلك فان الحاجة تدعو ــ أمام اختلاف الأنظمة والقواعد القانونية بين القانون العام والقانون الخاص ــ الى تخصيص جهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وبخاصة تلك المتصلة بنشاط الادارة ٠ وهذا هو الحال فى القانون المصرى ، حيث توجد محاكم ادارية الى جوار المحاكم العادية ٠

٢٨ ــ مدى التفرقة

اذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما تزال قائمة رغم ما تعرضت له من هجمات ، فان ذلك لا يعطيها صفة مطلقة أو جامدة ٠

فيراعى من ناحية ، أن هذه التفرقة ليست بالتفرقة المحتومة اللازمة التى لا يخلو منها نظام أو شريعة من النظم أو الشرائع القانونية المختلفة ، بل هى تفرقة نسبية تعرفها بعض هذه النظم والشرائع دون بعض ٠ ولذلك كانت مجهولة فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الكنسى الكاثوليكى ٠ وهى فى العصر الحاضر ، اذا كانت معروفة مسلمة فى أغلب القوانين ، الا أنها تكاد تكون مجهولة فى القوانين الأنجلوسكسونية(١) ٠

ويراعى من ناحية ثانية ، ان وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يمنع من وجود فروع للقانون يستعصى اعتبارها من القانون العام أو من القانون الخاص على حدة ، اذا كانت بعض قواعدها تتعلق بتنظيم السلطات العامة وحق السيادة فى الجماعة وبعضها الآخر لا يتعلق بذلك ٠ ووجود مثل هذه الفروع المختلفة للقانون ليس فيه ما يطعن أو ينقض التفرقة الأساسية بين القانون العام والقانون الخاص ٠ واذا كان الفقه يجرى عادة على ادراج بعض هذه الفروع المختلفة تحت القانون العام أو تحت القانون الخاص وحده رغم

---

(١) Morellet, article précité, pp. 140 - 141.

انتمائها الى القانونين في آن واحدٍ ، فيما ذلك الا اعتبارا بالغرض الأساسي منها والصفة الغالبة لقواعدها .

ويراعى أخيرا ، ان وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يعني أنها تفرقة جامدة ثابتة الحدود(١) ، بل هي تفرقة مرنة تخضع في الزمان والمكان لما يعتبر وما لا يعتبر من حق السيادة في الجماعة .

المبحث الثاني
فروع القانون العام

٢٩ - تقسيم

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون العام الى قسمين كبيرين ، القانون العام الخارجي (Le droit public externe) ، والقانون العام الداخلي (Le droit public interne) . واذاكانالقانون العام الخارجي ، وهو المعروف باسم « القانون الدولى العام » ، مشكوكا فى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، فان ذلك يقتضى مناقشة صفته القانونية . أما القانون العام الداخلى ، فتندرج تحته فروع متعددة تبعا لتنوع المسائل المتصلة بالسيادة أو السلطة العامة فى الجماعة ، مما يقتضى بيان هذه الفروع وأهميتها .

المطلب الأول
القانون العام الخارجى
أو القانون الدولى العام

٣٠ - مدى اعتبار القانون الدولى العام قانونا بالمعنى الكامل

القانون العام الخارجى هو المعروف باسم « القانون الدولى العام » le droit international public ، ويقصد به الدلالة على مجموع القواعد

---

(١) فى هذا المعنى :
De La Morandière, Introruction à l'étude du droit civil français. L'ouvrage collectif précité, t. I, p. 186.

القانونية التي تحكم علاقة الدول ببعضها ببعض في الحرب والسلم على السواء .

والقانون الدولى العام منازع فى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، على أساس عدم صدوره عن سلطة سياسية عليا تملك التشريع بين الدول ، وتخلف الجزاء الجبرى عند مخالفة قواعده(١) .

ونظرتنا الى هذا القانون ـ كما سبق البيان ـ أنه قانون لم تتوافر له بعد صفة القانون الوضعى الكامل . ولكنا لا نؤسس ذلك على انعدام وجود هيئة تشريعية عليا تملك التشريع فى المحيط الدولى ، فالتشريع ليس الا مجرد مصدر بين المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، بحيث لا يفيد تخلفه عدم قيام القانون . ولذلك فالى حين قيام مثل هذه الهيئة التشريعية ، بل حتى بعد قيامها ، يستطيع العرف الدولى أن يلزم الدول بالقواعد القانونية فى شأن علاقاتها بعضها ببعض .

وانما نؤسس عدم كمال وضعية القانون الدولى العام على الواقع المسلم من أن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الاجبار الجماعى ، وهو شرط جوهرى لوجود قانون بالمعنى الكامل(٢) كما سبق البيان . فلا توجد بعد فى المجتمع العالمى هيئة تنزل الدول منها منزلة الأفراد من الحكومات فيكون لها من القوى المادية القاهرة ومن السلطات على الدول جميعا ، ما تملك معه توقيع الجزاء على كل دولة تخرق قواعد القانون الدولى العام . فالى حين وجود سيادة عالمية موحدة تعلو السيادات الوطنية المتعددة وتملك عليها حق الأمر والجبر دون معقب ، لا يمكن اعتبار قواعد القانون الدولى العام قواعد قانونية وضعية كاملة أى قواعد مطبقة فعلا فى المحيط الدولى ، لأنها ليست بعد

---

(١) أنظر فى عرض هذا الرأى المنسوب الى الفقيه الانجليزى أوستن :
Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 137 - 139. — Gray, The nature and sources of the law, 1948, pp. 130, 131.

(٢) قارن مع ذلك :
على صادق أبو هيف ، القانون الدولى العام ، ط ٦ ، ١٩٦٣ ، فقرة ٢٨ ، ص ٨١ و٨٢ . ـ حامد سلطان ، القانون الدولى العام فى وقت السلم ، ط ٤ ، ١٩٦٩ ، فقرات ٧ و٨ ، ص ١٧ . ـ محمد حافظ غانم ، مبادىء القانون الدولى العام ، ١٩٦٨ ، فقرات ٣١ و٣٢ ، ص ٨٦ ـ ٨٨ .

بالقواعد الملزمة الزاما جبريا للدول ، فتستطيع كل دولة المخالفة عنها دون أن تجد اجبارا جماعيا يحملها على احترام أحكامها . فهى قواعد اذن لم تبلغ بعد نهاية التطور الكامل الذى وصلت اليه قواعد القانون الداخلى(١) .

وقد بذلت محاولات عديدة لايجاد هيئة عالمية لها حق السيادة على الدول بما يؤكد صفة الالزام الجبرى لقواعد القانون الدولى العام ، ولكنها باءت كلها بالفشل حتى الآن . فليس فى وجود « الأمم المتحدة » القائمة حاليا ما يعنى وجود مثل هذه الهيئة . فهى لاتضم الدول جميعا ، ولأى دولة من أعضائها حق الانسحاب منها ، وهى لا تباشر على أعضائها من الدول سلطات سيادة بالمعنى الصحيح ، وقرارات جمعيتها العمومية بمثابة التوصيات ، وقرارات مجلس الأمن فيها عرضة للتعطيل بما تملك بعض الدول من أعضائه الدائمين ـ وهى الدول الكبرى التى تتجرأ عادة على مخالفة قواعد القانون الدولى ـ من حق الاعتراض عليها .

المطلب الثانى

القانون العام الداخلى

٣١ ـ تعريف وتقسيم

يقصد بالقانون العام الداخلى مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة داخليا لا خارجيا ، أى تلك التى تحكم ما يتصل بالسيادة الداخلية فى الدولة دون السيادة الخارجية فى علاقات الدولة بغيرها من الدول .

وتندرج تحت القانون العام الداخلى فروع مختلفة تبعا لاختلاف

---

(١) فى هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., pp. 300, 301. — Dabin, op. cit., No. 38. — Gray, pp. 131, 132.

محمد على امام ، محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٥ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ .

وفقهاء القانون الدولى العام أنفسهم لا ينكرون ذلك . فبعضهم يؤكد أن « القانون الدولى ـ اذا ما قورن بالقانون الداخلى ـ يبدو نظاما ناقصا يعوزه الضبط والكمال » (حامد سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٧ ، ص ١٧) . ويسلم بعض آخر بأن « جزاء قاعدة القانون

الموضوعات التي يعرض لها ، هي : القانون الدستوري ، والقانون الاداري ، والقانون المالي ، والقانون الجنائي أو الجزائي • فنعرض فيما يلي بايجاز لهذه الفروع المتعددة •

٣٢ - القانون الدستوري

نجد القانون الدستوري (le droit constitutionnel) في الطليعة من فروع القانون العام الداخلي ، فهو مجموعة القواعد التي تحدد نظام الحكم في الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها وهي عادة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، وتوزع الاختصاصات فيما بينها وتحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها البعض ، وتنص على ما للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة التي تلتزم بكفالتها واحترامها •

وقد سبق أن أشرنا الى تشكيك بعض الفقهاء فيما للقانون الدستوري من صفة قانونية كاملة ، بدعوى فقدان قواعده صفة الالزام الواجبة لكل قواعد القانون • اذ لا يتصور فيما يقولون - والدولة هي التي تملك وتحتكر سلطات الجزاء والاجبار - أن تشرعه في وجه نفسها ان خالفت قواعد ذلك القانون(١) • فضلا عن أن التزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح ، وانما هو التزام أدبي أو أخلاقي محض لا يجد جزاء على خرقه الا مجرد جزاء أدبي أو أخلاقي كذلك(٢) •

الدولي جزاء غير منظم وضعيف » (محمد حافظ غانم ، فقرة ٣٢ ، ص ٨٨) • ويعترف بعض ثالث بأنه في مجال القانون الدولي العام « لا يمكن أن تنكر أن الحاجة الى تطوير الجزاء في معناه التقليدي حاجة ماسة » (محمد طلعت الغنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم ، قانون السلام ، ١٩٧٠ ، ص ٢٠٨) •

ولكن قارن ما يذهب اليه بعض آخر منهم من تأكيد الصفة الوضعية لقواعد القانون الدولي العام لاقترانها بما أضفت عليه الدول الكبرى التي وضعت هذه القواعد من الجزاء ، وأن من صور هذا الجزاء أعمال الانتقام (محمد سامي عبد الحميد أصول القانون الدولي العام ، ج ١ القاعدة الدولية ، ١٩٧٠ ، فقرة ١٠ ص ٧٧ - ٩٧ وفقرة ٢٣ ، ص ١٧٠ - ١٧٣) • ولكن لا يخفى ما يعنيه هذا النظر من أن تصبح القوة هي أساس القانون الدولي العام وليس العدل ، ومن أن تملك الدول الكبرى التحلل من قواعده كما تشاء !••

(١) أنظر في الاشارة الى هذه الحجة :
Del Vecchio, op. cit., p. 298.

(٢) يقول بهذه الحجة الفقيه الانجليزي « أوستن » Austin . أنظر في الاشارة الى ذلك : سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستوري ، ص ٩ •

وهذا النظر نظر قاصر ، من حيث أنه يغفل ما لقواعد القانون الدستورى من طبيعة خاصة تشكل صور الجزاء والاجبار فيه بشكل مختلف عن صور الجزاء والاجبار فى فروع القانون الأخرى · فالقانون الدستورى يفترض وجود سلطات مختلفة فى الجماعة ، ولما كانت مخالفة قواعده قد تقع من احداها فالجزاء أو الاجبار لا يتصور اذن الا فى صورة رقابة متبادلة بين هذه السلطات · فيكون للسلطة التنفيذية مثلا حق حل المجلس التشريعى ، ويكون للمجلس التشريعى حق اسقاط الحكومة الممثلة للسلطة التنفيذية ، ويكون للمحاكم حق الغاء التشريعات المخالفة للقانون أو الدستور ، أو فى الأقل حق الامتناع عن تطبيقها ، فان لم تفلح هذه الرقابة ، ارتد الأمر الى مصدر هذه السلطات وهو الشعب ، فيستقل حينئذ بكفالة احترام قواعد القانون الدستورى بنفسه بما يملك من وسائل سلمية أو ثورية ·

هذا فضلا ، عن أن هذا النظر يشوه وظيفة الدولة فيصورها على أنها جهاز جبر وقوة ، بينما الدولة لا توجد الا لخدمة القانون واعمال حكمه وكفالة احترام قواعده بما يحقق المقصود منه من اقامة نظام عادل فى الجماعة ، ولذلك كان احترام القانون هو أول واجباتها · فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه كما تشاء ، انما الدولة هى « دولة القانون » تلتزمه وتتقيد بأحكامه · ولذلك فان الاجبار متصور فى حق السلطات العامة التى تخرق القانون · فيملك الأفراد مقاضاتها والتوصل الى ابطال أو اهدار تصرفاتها غير المشروعة أو غير الدستورية ، وحينئذ تلتزم السلطة التنفيذية - طبقا لوظيفتها - بالقيام بتنفيذ الأحكام الصادرة بذلك حتى ولو كانت ضدها ·

ومن ذلك كله ينكشف فساد هذا الرأى ، وتستبين الصفة القانونية الكاملة ثابتة للقانون الدستورى ·

٣٣ - القانون الادارى

يقصد بالقانون الادارى droit administratif مجموع القواعد التى تحكم تكوين السلطة الادارية ونشاطها فى أداء وظيفتها من القيام على أمر المرافق العامة تحقيقا للصالح العام ، وتذرعها فى سبيل ذلك بحقوق وامتيازات السلطة العامة التى لا يتمتع بمثلها الأفراد · وبمقتضى هذه الحقوق والامتيازات ، تمارس السلطة الادارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات ·

وضمانا لحقوق الأفراد ، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية أو الادارة بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون ، لابد من ايجاد وسيلة فعالة للرقابة على الأعمال والأوامر الادارية ، بما يمكن - فى حال عدم مشروعيتها أو انحرافها - من الغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الأضرار الناشئة عنها بحسب الأحوال ٠

واذا كانت السلطة القضائية العادية تبدو مهيأة لتحقيق مثل هذه الرقابة ، الا أنه يعترض على ذلك عادة بمبدأ فصل السلطات ، بما يعنيه من وجوب امتناع السلطة القضائية العادية عن التدخل فى أعمال السلطة التنفيذية لتمكين هذه السلطة الأخيرة من أداء وظيفتها فى حرية واستقلال ٠

لذلك جرى الحال فى كثير من الدول الحديثة - وبخاصة فرنسا - على انشاء هيئة مستقلة لتحقيق مثل هذه الرقابة تكون جهة قضاء ادارى مستقلة ٠ وقد سلكت مصر هذا المسلك منذ وقت غير بعيد ٠ فأنشأ المشرع المصرى « مجلس الدولة » سنة ١٩٤٦ ، ويتألف هذا المجلس حاليا من ثلاثة أقسام هى : قسم الفتوى وقسم التشريع(١) ، والقسم القضائى الذى يضم أساسا ما يعرف باسم « المحاكم الادارية » على اختلاف درجاتها وأصبح يضم كذلك « المحاكم التأديبية »(٢) ٠ وقد نهضت « المحاكم الادارية » منذ نشأتها بواجبها فى رقابة الأعمال والأوامر الادارية على وجه يمنع انحراف الادارة ويكفل حقوق الأفراد ٠

٣٤ - القانون المالى

كان يعتبر داخلا فى نطاق القانون الادارى الى قريب ما يسمى بالقانون المالى le droit financier على اعتبار أنه يتضمن القواعد التى تحكم مالية الدولة من حيث تحديد مصروفاتها ووجوه انفاقها ، وبيان ايراداتها ومصادر هذه الايرادات المختلفة ٠ ولكن القانون المالى استقل اليوم عن القانون الادارى وأصبح فرعا قائما بذاته من فروع القانون العام الداخلى ٠

---

(١) أصبح هذان القسمان منفصلين بمقتضى التعديل الذى أدخله المشرع على قانون مجلس الدولة بالقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٦٩ بعد أن كانا مندمجين منذ نفاذ القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ٠ وقد أعاد المشرع بهذا الانفصال الوضع الذى كان قائما قبل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، وقد أكد المشرع هذا الانفصال فى قانون مجلس الدولة الجديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ٠

(٢) م ٣ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ سالف الذكر ٠

٣٥ - القانون الجنائى

ويدخل كذلك فى نطاق القانون العام الداخلى ، القانون الجنائى (le droit criminel) . وهو يتفرع الى الفرعين الآتيين :

١ - **قانون العقوبات** (le droit pénal) وهو يتضمن قواعد موضوعية تحدد الجرائم وتعين العقوبات عليها ، وتبين شروط المسئولية الجنائية وظروف الاعفاء أو التخفيف منها . وسنرى من بعد أن هذه القواعد لا تفرض الا بنص تشريعى ، فليس للعرف فى فرضها أدنى نصيب .

واذا كان قانون العقوبات يعتبر عند جمهور الفقهاء من فروع القانون العام الداخلى[١] الا أن بعض الفقهاء يرى اعتباره قانونا مختلطا يدخل - فى نفس الوقت - فى نطاق القانون العام والقانون الخاص على السواء[٢] . اذ يرون أن قانون العقوبات اذا كان يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع فيعتبر من هذه الوجه من فروع القانون العام ، الا أنه فى أغلب قواعده انما يعاقب على جرائم تقع على الأفراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصة . فضلا عن أن اعمال قواعد هذا القانون بالمطالبة بالعقاب ليس وقفا على السلطة العامة فى الجماعة وحدها ، بل ان للأفراد كذلك فى بعض الحالات الحق فى هذه المطالبة عن طريق تحريك الدعوى العمومية ، وبذلك يبدو قانون العقوبات كضمانة لحقوق الأفراد ومصالحهم ، مما يجعله داخلا من هذا الوجه فى نطاق القانون الخاص ، وهو ما يبرر اعتباره فى مجموعه قانونا مختلطا .

ولكن هذا الرأى محل نظر . فيراعى أن الجرائم ، مهما كان نوعها ومهما كان الضرر الناشىء عنها واقعا مباشرة على الأفراد أنفسهم أو على حقوقهم

---

(١) Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. I, 3ème éd., No. 28. — Donnedieu de Vabres, Traité du droit criminel et de législation pénale comparée, 3ème éd., No. 2.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١ . - عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٦ . - عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩ . - السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٦٢ ، فقرة ٣ . - محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٤ ، فقرة ٢ .

(٢) Roubier, op. cit., No. 30, pp. 263, 264. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 45, p. 70.

ومصالحهم الخاصة • انما تعتبر موجهة ضد الجماعة اذ هي اخلال خطير بالأمن والطمانينة فيها • ومن أجل ذلك ، كانت السلطة العامة في الجماعة هي المستقلة أصلا بمباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم للمطالبة بعقابه • فلا يملك المجنى عليه — الا في أحوال استثنائية محدودة لا وزن لها في هذا الشأن — رفع هذه الدعوى أو النزول عنها أو اعفاء المجرم من العقاب بالصفح عنه ، اذ الدعوى العمومية والعقاب انما هما حق المجتمع لا حق المجنى عليه(١) •

والواقع أن قانون العقوبات انما يمس في الصميم حق السيادة في الجماعة ، اذ هو بتصديه لتحديد الجرائم وتعيين العقوبات انما يضع أسس الأمن في الجماعة وعلاقة الفرد بالدولة الممثلة للجماعة عند خرق هذه الأسس ، وليس أوثق من هذه الأسس ولا من تلك العلاقة اتصالا بحق السيادة الداخلية ، فيكون هذا القانون بهذه المثابة فرعا من فروع القانون العام •

٢ — قانون الاجراءات الجنائية droit d'instruction criminelle :

وهو يتضمن قواعد شكلية تبين اجراءات ضبط الجرائم والتحقيق فيها واجراءات المحاكمة الجنائية ، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها • فهو اذن قانون شكلي أو اجرائي يلزم وجوده لاعمال وتطبيق القانون الموضوعي أي قانون العقوبات ويتبعه في صفته فيعتبر مثله من فروع القانون العام(٢) •

---

(١) أنظر في هذا المعنى :
De La Gressaye et Laborde-Lacoste. Introduction générale à l'étude du droit, 1947, No. 150. — Garraud, ibid.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، عبد الفتاح عبد الباقي ، المواضع السابقة • — محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ٩٥ • — محمود محمود مصطفى ، الموضع السابق •

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار قانون الاجراءات الجنائية أو الجزائية قانونا مختلطا تفريعا على ما يرونه في هذا الشأن خاصا بكل قوانين الاجراءات (Roubier, op. cit., p. 294) بينما يذهب بعض آخر من الفقهاء الى أن هذا القانون ، باعتباره قانونا شكليا ، لا يدخل في نطاق القانون العام ولا في نطاق القانون الخاص (أحمد مسلم ، المقال السابق ، ص ٧٩ هامش رقم ١) •

المبحث الثالث
فروع القانون الخاص

٣٦ ـ تعريف وتمهيد

القانون الخاص هو مجموع القواعد التى تحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفرادا ، أو بمعنى أدق مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التى لا تتصل بحق السيادة أو بتنظيم السلطة العامة فى الجماعة . فالدولة حين تدخل فى علاقات بصفتها شخصا معنويا عاديا لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطان فى الجماعة ، تحكمها قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام .

والقانون المدنى هو أساس القانون الخاص ، غير أن ثم فروعا أخرى تفرعت عنه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة الى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدنى ، نظرا لاتصالها بمهنة أو نشاط معين ، كالقانون التجارى والقانون البحرى وقانون العمل .

٣٧ ـ القانون المدنى

دعامة القانون الخاص هو القانون المدنى le droit civil ، اذ هو الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص ، بمعنى أنه هو المرجع حيث لا توجد فى فروع القانون الخاص الأخرى قواعد بشأن العلاقات التى تحكمها فضلا عن أنه يتوجه الى جميع الأفراد دون استثناء ، اذ هو يتوجه اليهم بصفتهم أفرادا دون نظر الى اختلاف طوائفهم ومهنهم على خلاف الفروع الأخرى للقانون الخاص . فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الأحوال العينية .

غير أن قواعد الأحوال الشخصية ما تزال ، فى القوانين العربية المختلفة عموما ، خارجة عن نطاق القانون المدنى خضوعا للتقاليد القديمة المستقرة التى تترك حكمها للأديان المختلفة . ولذلك لا يتضمن التقنين المدنى المصرى أساسا الا قواعد الأحوال العينية وحدها دون قواعد الأحوال الشخصية .

٣٨ ـ القانون التجارى

يقصد بالقانون التجارى le droit commercial ، مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التجارية ، أى العلاقات بين التجار بوصفهم تجارا أو العلاقات المتعلقة بأعمال تجارية ٠

وقد دعا الى ظهور القانون التجارى ـ كفرع مستقل من فروع القانون الخاص ـ ازدياد التجارة وانتشارها والحاجة الى تنميتها ، مما يقتضى ضرورة اخضاع العلاقات التجارية لقواعد خاصة غير القواعد العامة الموجودة فى القانون المدنى ، تعين على تحقيق ما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وقوة ائتمان ٠ ومع ذلك فالصلة غير منقطعة بين القانون التجارى والقانون المدنى ، اذ يظل الأخير معتبرا هو الأصل والأول هو الفرع ، فحيث تفتقد فى القانون التجارى قواعد خاصة ببعض العلاقات التجارية ، ترتد الولاية فى شأنها الى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى نطاق العلاقات الخاصة ٠

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يبدو فيها احلال عامل السرعة فى المعاملات التجارية محل الاعتبار ، القاعدة التى تجعل اثبات التصرفات القانونية التجارية أيا كانت قيمتها طليقا من قيد الكتابة ، فيقبل اثباتها بالبينة والقرائن القضائية ٠ وهذه القاعدة التى تمليها طبيعة المعاملات التجارية ترد على خلاف المقرر عموما فى المعاملات المدنية من تطلب الاثبات بالكتابة فى شأن وجود أو انقضاء التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على قدر معين ٠

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يقصد من ورائها كفالة ما تحتاجه المعاملات التجارية من قوة ائتمان ، القاعدة التى تقضى بافتراض التضامن بين المدينين افتراضا لا يحتاج الأمر معه الى اتفاق أو نص فى القانون عليه ٠ فهذه القاعدة تمكن الدائن فى المعاملات التجارية من مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ، فتقيله بذلك من عناء مطالبة كل منهم بنسبة حصته فى الدين ، وتجنبه مخاطر مثل هذا التقسيم فى المطالبة ٠ وهذه القاعدة التى تمليها ضرورة زيادة ضمان الدائن وائتمانه فى المعاملات التجارية ، ترد على

خلاف الأصل المقرر فى المعاملات المدنية من أن التضامن بين المدينين لا يستنتج أو يفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) ٠

واذا كان القانون التجارى مسلما اعتباره منذ قديم من فروع القانون الخاص ، فيذهب بعض الفقهاء الحديثين رغم ذلك الى اعتباره قانونا مختلطا ، على أساس أن بعض قواعده ـ الى جانب أغلبها المتصل بالقانون الخاص ـ تتصل بالقانون العام ، كتلك التى تتعرض لتنظيم الغرف والبورصات التجارية وحرية التجارة ونظام المنافسة الحرة وأنظمة التجارة الخارجية والجمارك(١) ٠ ولكن هذا الرأى يغفل أن هذه القواعد انما تدور كلها حول النشاط التجارى الخاص للأشخاص ، فضلا عن أنها تندرج فى الواقع تحت بعض فروع القانون العام فلا تعتبر جزءا حقيقيا من القانون التجارى رغم تعلقها بالتجارة ٠

٣٩ ـ القانون البحرى

يقصد بالقانون البحرى (le droit maritime) مجموع القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية ٠ فيعرض للسفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة ، وللملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحرى بقواعده الخاصة ، ولمسئولية مالك السفينة ، وللائتمان البحرى من رهن وامتياز ، وللنقل البحرى وما يتصل به من مسئولية الناقل ، وللتأمين البحرى ٠

وموضوعات هذا القانون ، تجعله ـ كما هو واضح ـ فرعا من فروع القانون الخاص ، وهو المسلم لدى جمهور الفقهاء ٠ ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر اليه كقانون مختلط ، باعتبار أن ثم أنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن وتنظيم الموانى والارشاد فيها وحرية الملاحة البحرية وسلامتها(٢) ٠

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44, p. 67. — Roubier, op. cit., No. 30, p. 256.

(٢) Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 68.

ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد ، ان كانت تمس الملاحة البحرية ـ فهي أدخل في نطاق بعض فروع القانون العام ، كالقانون الادارى والقانون الدولي العام ، منها في نطاق القانون البحري ٠

٤٠ ـ قانون العمل

يقصد بقانون العمل (le droit du travail) ، مجموع القواعد القانونية التي تحكم العلاقات القانونية المتعلقة بالعمل التابع المأجور أي بالعمل الذي يقوم به أشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت توجيههم ورقابتهم ٠ وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة نسبيا ٠ فقد خلقت الثورة الصناعية ، التي حدثت في العالم عقب استعمال الآلات الحديثة ، طبقة جديدة في المجتمع هي طبقة العمال ، وكان المذهب السائد حينئذ هو المذهب الفردي بما يستتبع من مبدأ سلطان الارادة ٠ وسنرى من بعد ما جره اتباع مثل هذا المبدأ وذلك المذهب من تحكم الأقوياء في الضعفاء واستغلال أرباب الأعمال للعمال باسم الحرية والمساواة في التعاقد والاتفاق ٠ ولم يكن بد أمام ما بدا من هذا التحكم ، وأمام ما أخذ يظهر ويكبر من قوة العمال وخطر ما يملكون من وسائل للدفاع عن حقوقهم ، لم يكن بد من أن يكتب النجاح للمذهب الاجتماعي أو الاشتراكي ، أو بوجه عام للمذاهب التي تقوم على أساس من تدخل الدولة بما يكفل منع انقلاب حرية التعاقد وسلطان الارادة سلاحا في يد أرباب الأعمال يشهرونه في وجه العمال نظرا لما يملكون من قوة اقتصادية جبارة تمكنهم من املاء ما يريدون من شروط ٠

ولم تلبث حركة التشريع أن نشطت نشاطا موفورا في التصدي بنصوص آمرة لحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال بما يكفل حقوق الطبقة العاملة ٠ وانتهى الأمر الى ظهور قانون العمل وتمتعه بكيان ذاتي كفرع مستقل من فروع القانون(١) ٠

ولم تعرف مصر تشريعات العمل الا بقدر جد ضئيل في مطلع القرن

---

(١) راجع في نشأة وتطور قانون العمل : كتابنا « أصول قانون العمل » الجزء الأول في عقد العمل ، الطبعة الثالثة ١٩٦٩ ، ص ٢٤ وما بعدها ٠

الحالى عندما ابتدأ ظهور الصناعة فيها ٠ ثم أتيح لحركة التشريع العمالى ان تنشط فيها قبيل نشوب الحرب العالمية الثانية وأثنائها وأن تزداد بعدها أمام انتشار الصناعة وازدياد قوة العمال ٠ ولكن تشريعات العمل ظلت تشريعات متفرقة متناثرة تفتقد التنسيق الواجب بينها ٠ ثم تمكن المشرع عقب قيام الجمهورية العربية المتحدة من انهاء هذا الوضع ومن التطور بتشريع العمل التطور المناسب للوعى الاشتراكى النامى ، فأصدر تقنينا أو تشريعا جامعا لمسائل العمل، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ المسمى « قانون العمل »(١) ، ثم حل محله القانون الحالى رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

ورغم أن الأصل هو اعتبار قانون العمل فرعا من فروع القانون الخاص ، الا أن بعض الفقهاء اعتبره من فروع القانون العام بالنظر الى طغيان القواعد القانونية الآمرة فيه ٠ ولكننا سبق أن أظهرنا عدم جدوى الاعتداد بالصفة الآمرة لقواعد قانون ما لتكييفه بأنه من فروع القانون العام ٠

وذهب بعض آخر من الفقهاء الى اعتبار قانون العمل قانونا مختلطا ينتمى الى القانون العام والى القانون الخاص على السواء ، اذ رغم انتماء قانون العمل الى القانون الخاص لقيامه على أساس وجود علاقة من علاقات العمل الفردية الخاصة ، فان بعض نظمه وقواعده التى تمخض عنها تطوره الحديث تتعلق بالقانون العام ، مثل : نظام مكاتب تخديم أو تشغيل العاطلين ، ونظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، ونظام التفتيش على أماكن العمل ، وقواعد التجريم والعقوبات فى شأن مخالفة أحكامه(٢) ٠

واذا كان صحيحا تعلق مثل هذه النظم والقواعد بالقانون العام ، الا أنها أدخل فى الواقع فى نطاق بعض فروع القانون العام المعروفة ـ كالقانون الادارى وقانون العقوبات ـ منها فى نطاق قانون العمل رغم جمعها مع قواعد قانون العمل الجوهرية فى صعيد واحد خضوعا لمقتضيات

---

(١) راجع فى تطور قانون العمل فى مصر : كتابنا « أصول قانون العمل » سالف الذكر ، ج ١ ، ص ٣٩ وما بعدها ٠

(٢) فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 30, p. 257. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44. — Durand et Jaussaud, Traité de droit du travail, t. I, 1947, Nos. 199-200.

الدراسة أو التشريع • فضلا عن أن المناط في تحديد طبيعة قانون من القوانين يكون بطبيعة قواعده الأساسية الأصلية بالنظر الى ما تحكمه من موضوعات ، رغم ما قد يكون لبعض قواعده المساعدة أو التكميلية من طبيعة مختلفة ، وواضح أن المحور الإساسي لقانون العمل ، وهو الذي تدور حوله حتى مثل هذه النظم والقواعد ، انما يتركز في علاقات العمل وهي علاقات خاصة لا تتعلق بحق السيادة في الدولة ولا بتنظيم السلطات العامة فيها ، ولذلك يجب اعتباره على هذا الأساس فرعا من فروع القانون الخاص(١) •

المبحث الرابع
فروع القانون المختلطة

٤١ - تقسيم

سبق أن أشرنا الى أن بعض فروع القانون تنتمي الى القانون العام والى القانون الخاص معا ، فتكون مختلطة النوع ، والى أنه ليس في وجودها على هذا النحو ما يطعن أو ينقض التفرقة الأساسية بين القانون العام والقانون الخاص • ورغم كثرة فروع القانون التي يسبغ عليها البعض الصفة المختلطة . لا نرى هذه الصفة ثابتة في الحقيقة الا للقانون الدولي الخاص ولقانون المرافعات المدنية والتجارية •

٤٢ - القانون الدولي الخاص

الأساس في القانون الدولي الخاص (Le droit international privé) أنه يتصدى لبيان مدى ولاية واختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق في شأنها •

فالقانون الدولي الخاص اذن يفترض وجود علاقات أو روابط قانونية

---

(١) راجع في ذلك :
كتابنا « أصول قانون العمل » سالف الذكر ، ج ١ ، ص ٦٥ و٦٦ - وكتابنا « أصول القانون » ، هامش رقم «١» ص ٩٤ •

ذات عنصر أجنبي · ذلك أن العلاقات والروابط الوطنية في كل عناصرها لا تثير أي خلاف حول الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في شأنها ، فالولاية القضائية حينئذ لا تثبت الا للمحاكم الوطنية ، والقانون الواجب التطبيق يكون هو القانون الوطني وحده بقواعده الموضوعية والشكلية · وعلى هذا النحو تكون المحاكم المصرية وحدها هي المختصة ويكون القانون المصري وحده هو الواجب التطبيق في شأن زواج يعقد في مصر بين مصريين وفي شأن بيع يعقد بين مصريين في مصر ويكون واردا على عقار موجود في مصر ، وفي شأن ميراث مصري يتوفى في مصر عن أموال موجودة فيها ·

انما يثور الخلاف بصدد العلاقات والروابط التي يصطبغ أحد عناصرها بصبغة أجنبية ، اذ يقوم التنازع حينئذ بين المحاكم الوطنية والمحاكم الأجنبية على الولاية القضائية في المنازعات الناشئة عنها ، ويقوم التنازع كذلك بين القانون الوطني والقانون أو القوانين الأجنبية على أيها أحق بالتطبيق في شأنها ·

فاذا تم زواج في فرنسا مثلا بين مصري ومصرية ثم نشأ نزاع بشأنه ، هل تكون المحاكم المصرية هي المختصة بنظره باعتبارها محاكم جنسية الزوجين ، أم تكون المحاكم الفرنسية هي المختصة باعتبارها محاكم الدولة التي تم فيها عقد الزواج ؟ واذا ثبت الاختصاص للمحاكم المصرية ، فأي قانون تطبق ؟ هل تطبق القانون المصري باعتباره قانون جنسية أطراف العلاقة ؟ أم تطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون التصرف المنشيء لهذه العلاقة ؟ · واذا باع ألماني الى مصري عقارا موجودا في ايطاليا وتم عقد البيع في مصر وثار نزاع بشأن هذا البيع من بعد ، فلأي من المحاكم : المصرية أو الألمانية أو الايطالية ، يثبت الاختصاص بنظره ؟ · واذا ثبت الاختصاص لاحداها فأي قانون تطبق ؟ القانون الايطالي باعتباره قانون موقع العقار محل العلاقة القانونية ؟ أم القانون المصري باعتباره قانون جنسية المشتري وقانون التصرف المنشيء لهذه العلاقة أي قانون الدولة التي عقد فيها عقد البيع ؟ · أم القانون الألماني باعتباره قانون جنسية الطرف الآخر في العلاقة وهو البائع ؟ ·

فكيف يتم حل التنازع على الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى بين المحاكم والقوانين المختلفة السيادة بشأن العلاقات والروابط ذات العنصر الأجنبى ؟ • لا توجد فى الواقع قواعد دولية أى عالمية تتصدى لحل مثل هذا التنازع حلا موحدا تتبعه كل الدول • وانما جرى الأمر على استقلال كل دولة على حدة بوضع القواعد التى تراها كفيلة بحل هذا التنازع ، وهذه القواعد هى التى تكون أساسا ما يعرف باسم « القانون الدولى الخاص » • وغنى عن البيان أن فى وصف هذه القواعد بصفة الدولية تجاوزا كبيرا ، فليست هى بالقواعد المتبعة على شكل موحد فى كل الدول حتى يصدق فى شأنها هـذا الوصف ، بل هى مجرد قواعد وطنية تستقل كل دولة بوضعها ، بحيث يكون لكل دولة قانونها الدولى الخاص المختلف عن القـانون الدولى الخـاص فى أى دولة أخرى فهناك القـانون الدولى الخاص المصرى والقانون الدولى الخـاص الانجليزى والفرنسى وهكذا •

وقواعد القانون الدولى الخاص فى دولة ما ، انما تقتصر - فى سبيل حل التنازع على الاختصاص القضائى بالمنازعات ذات العنصر الأجنبى - على تحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية فى هذا الشأن ، أى تقتصر على مجرد بيان ما اذا كانت هذه المحاكم مختصة أم لا ، فلا تعدو ذلك فى حال عدم اختصاصها الى تعيين المحكمة أو المحاكم الأجنبية المختصة •

ويختلف الأمر عن ذلك فى صـدد التنازع على الولاية التشريعية بين القوانين المختلفة السيادة على حكم المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، اذ تعمـد قواعد القانون الدولى الخاص فى كل دولة الى تحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة ، فلا تكتفى بتحديد مدى ولاية القانون الوطنى فى هذا الشأن بل تعين - فى حالة عدم ولايته - القانون الأجنبى الواجب التطبيق • ويطلق على قواعـد القانون الدولى الخـاص ، التى تتصدى لحـل التنازع بين القوانين بتعيين القـانون الواجب التطبيق من بينهـا ، اسم « قواعد الاسناد » (Règles de rattachement) • وقد جاءت هذه التسمية من طبيعة هذه القواعد ، فهى لا تقوم بحل المنازعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبى حلا موضوعيا ، وانما تقتصر على مجرد الاحالة والاسناد فى شأن هذا الحل الى قانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها ، أى أن

قواعد القانون الدولى الخاص اذن لا تفصل مباشرة فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، بل تكتفى بتعيين القانون الواجب التطبيق فى شأنها ، وهو الذى يتضمن وحده الحل الذى ينحسم به موضوعها . فمثلا اذا توفى أمريكى متوطن فى مصر ، وعينت قواعد القانون الدولى الخاص المصرى أى قواعد الاسناد المصرية القانون الواجب التطبيق فى هذا الشأن بأنه القانون الامريكى ، فلا ينحسم بهذا التعيين النزاع حول تركة الامريكى المتوفى ، وانما ينحسم هذا النزاع بتطبيق قواعد القانون الامريكى الموضوعية المتعلقة بالميراث والوصية .

ومن أمثلة قواعد الاسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ من التقنين المدنى الحالى من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » ، وما تنص عليه المادة ١٥ منه من أن « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » . وما تنص عليه المادة ١/١٧ منه من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » .

ولئن كان القانون الدولى الخاص يشتمل أساسا على موضوعى « تنازع الاختصاص القضائى » و « تنازع القوانين » ، الا أن كثيرا من الفقهاء قد أدخل فى نطاقه فضلا عن ذلك موضوع « الجنسية » و « حالة الأجانب » و « الموطن » ، على أساس أن هذه الموضوعات الاضافية ليست الا مسائل أولية بالنسبة للموضوعين الأساسيين ، فلا بد من تعرف جنسية أطراف العلاقة القانونية للوقوف على ما اذا كانت هذه العلاقة فى عنصرها الشخصى وطنية أو أجنبية . ولا بد من تعرف مدى ما يباح للأجانب التمتع به من حقوق — اذ يتمتعون غالبا بحقوق أدنى مما يتمتع به الوطنيون — لامكان الحكم لهم بها فى المنازعات التى يكونون أحد أطرافها ، وهى التى تتصدى قواعد القانون الدولى الخاص لحل التنازع على الاختصاص القضائى والتشريعى بشأنها . وكذلك الشأن بالنسبة للموطن ، فقد يتعين به الاختصاص القضائى أو التشريعى . وتتفق القواعد القانونية التى تحكم هذه الموضوعات الاضافية مع القواعد التى تحكم الموضوعين الأساسيين فى أنها قواعد وطنية وليست بالقواعد الدولية ، ولكنها تختلف عنها فى أنها قواعد موضوعية فليست مثلها قواعد شكلية أو قواعد اسناد .

ولعل كون الأساس فى قواعد القانون الدولى الخاص هو وجود علاقات خاصة ذات عنصر أجنبى تتصدى لحل التنازع بين القوانين على حكمها ، هو الذى يبرر لدى بعض الفقهاء اعتبار هذا القانون فرعا من فروع القانون الخاص(١) ، رغم أن قواعده الخاصة بحل تنازع الاختصاص القضائى وقواعده الخاصة بالجنسية وبعض قواعده الخاصة بمركز الأجانب فى الدولة تتصل اتصالا وثيقا بحق السيادة فى الدولة مما تعتبر معه من قواعد القانون العام .

والواقع أن تعدد موضوعات القانون الدولى الخاص على هذا النحو الذى يأخذ به أغلب الفقهاء رغم اعتبار بعضها دخيلا عليه ، واتصال هذه الموضوعات بالقانون العام والقانون الخاص على السواء قد يرجح النظر الحديث إليه باعتباره قانونا مختلطا(٢) .

٤٣ - قانون المرافعات المدنية والتجارية .

يقصد بقانون المرافعات المدنية والتجارية Le droit de procédure civile et commerciale فى معناه الواسع مجموع القواعد القانونية المنظمة للسلطة القضائية من حيث تعيين أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصها وشروط تنصيب قضاتها وواجباتهم وحقوقهم ، والمبينة للاجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى المدنية التجارية والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . ولكن اذا أخذ هذا القانون بمعناه الخاص أو الضيق ، فان نطاقه يقتصر على مسائل الاجراءات وحدها ،

(١) فى هذا المعنى :
Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, No. 22.

(٢) فى هذا المعنى :
Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, 4ème éd., No. 46. Roubier, op. cit., No. 30, p. 265.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ٧٤ . — محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرة ٥٢ ، ص ٥٧ .

وهو يعتبر على هذا الوجه قانونا شكليا يلزم وجوده لاعمال قواعد القـانون المدنى والتجارى الموضوعية ٠

ولعل اختلاف مدلول هذا القانون ونطاقه بتراوحه بين المعنى الواسـع والمعنى الضيق ، هو الذى أوجد اختـلافا بينا فى الفقه حول طبيعة هـذا القـانون وتبعيته لأحد التقسيمين الرئيسيين ، فذهب كثير من الفقهاء الى اعتباره من فروع القانون الخاص(١) ، وذهب البعض منهم الى اعتبـاره من فروع القانون العام(٢) ٠

ولكن يبدو أن مسـائل وموضوعات هذا القـانون التى تدخل فى معناه الواسع من التشابك والترابط بحيث ينبغى عدم الفصل بينها أو أخذ هـذا القانون بالمعنى الضيق وحده ٠ ولذلك يبدو قانون المرافعات المدنية والتجارية على هذا النحو مختلطا(٣) ، فهو يتعلق بالقـانون العام حيث يعرض لتنظيم السلطة القضائية ، وهـو يتعلق بالقانون الخـاص حيث يعرض لاجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها ٠

---

(١) Colin, Capitant et Le La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947, No. 7,

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ ٠ ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٦١ ٠ ـ محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ ٠

(٢) Riezler, Article précité, pp. 134, 135. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 151.

(٣) أنظر فى هذا المعنى :

أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة العاشرة ، ١٩٧٠ ، فقرة ١٠ ٠ ـ محمد على امام . محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٨ ، ص ٩٣ ٠ ـ رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة التاسـعة ، ١٩٦٩ ـ ١٩٧٠ ، فقرة ٤ ٠

القســم الأول

النظرية العامة للقاعدة القانونية

٤٤ - تقسيم

عرضنا فى الباب التمهيدى للقانون ، كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، من حيث خصائصه ومدى سلطان ارادة الأفراد ازاءه وأقسامه وفروعه المختلفة . ونستهدف الآن التعرف على الأصول التى تحكم القاعدة القانونية وتهيمن عليها أيا كان نوع هذه القاعدة أو مصدرها . وذلك يقتضى تتبع القاعدة القانونية فى مرحلة تكوينها ثم فى مرحلة تطبيقها .

وبذلك يتضمن هذا القسم فرعين كبيرين :

الفرع الأول - فى تكوين القاعدة القانونية .

الفرع الثانى - فى تطبيق القاعدة القانونية .

الفـــرع الأول

تكوين القاعدة القانونية

مقدمة

٤٥ ـ تمهيد

تبدو القاعدة القانونية أول ما تبدو فى صورة تكليف الى الأفراد تتوجه به سلطة(١) تملك التكليف والأمر دون معقب ، وتكفل احترامه سلطة عامة فى الجماعة عن طريق ما يتوافر لها من قوى مادية لا تغلب • وتوجيه التكليف من سلطة مختصة آمرة وكفالة احترامه من سلطة مختصة مجبرة ، هو ما يعطى للقاعدة القانونية صفة الوضعية أو الفعلية •

ولكن كيف تتكون القاعدة القانونية ؟ • ومن أين تأتيها صفة الشرعية التى تجعل احترامها فى ذاتها فرضا على الأفراد ؟ •

هنا يختلف الفقهاء والفلاسفة اختلافا بينا • فبعضهم شكليون لا ينظرون الا الى الشكل الذى تخرج به القاعدة القانونية الى الوجود فى صورة ملزمة ، فيرجعون تكون القاعدة القانونية الى السلطة التى اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الالزام فى العمل • ولكن هذا النظر سطحى بحت يتعلق بالظاهر فلا ينفذ الى الباطن ليطلع على المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية • ومن هنا ، ينبغى التمييز ـ فى تكوين القاعدة القانونية ـ بين الجوهر والشكل • وتلك تفرقة يعتنقها اليوم جمهور الفقهاء منذ أكدها فى مطلع هذا القرن الفقيه الفرنسى « جينى » بتفرقته بين ما سماه « العلم »

---

(١) المقصود بلفظ السلطة هنا المعنى العام الواسع ، أى كل جهة تملك حق التكليف بالقواعد القانونية أيا كانت هذه الجهة : فقد تكون هى الدولة تسن القواعد القانونية عن طريق التشريع ، أو تكون هى الجماعة عن طريق العرف ، أو تكون هى القدرة الالهية عن طريق الوحى وباسم الدين •

(La science) وبين ما سماه « الصناعة » أو « الصياغة » (La technique)؛ وهو ما ينتهى الى رد تكوين القاعدة القانونية الى نوعين من المصادر : مصادر موضوعية أو مادية من ناحية ، ومصادر شكلية أو رسمية من ناحية أخرى ·

فنعرض أولا للمذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية ، ثم لنقد هـذه المذاهب وهو ما ينتهى الى استبعادها والتفريق بين جوهر القـاعدة القانونية وشكلها ، فيرتسم أمامنا ـ فى ضوء هذه التفرقة ـ نهج البحث فى هذا الفرع ·

٤٦ ـ المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية(١)

اكتفى بعض الفقهاء بالنظر المحدود فلم يتصوروا من القانون الا صفته الوضعية ، اذ رأوا ما يظهر فى الواقع من سلطة تأمر أيا كانت هذه السلطة ، ثم رأوا أن الدولة هى السـلطة التى تملك جبر الأفراد على طاعة قواعـــد القانون ، فقالوا ان القانون هو مشيئة الدولة أو هو بوجه عام مشيئة من له السيادة والسلطان فى المجتمع · فالدولة فى هذا النظر اذن هى التى تصنع القانون وتخلقه ثم تأخذ الأفراد جبرا باتباعه ·

ومن ثم فالقانون ليس الا مجرد تعبير عن ارادة الدولة أيا كانت طريقة هذا التعبير بتشريع مسـطور أو بعرف متبع أو بدين ينزل به الوحى · فلا قانون الا ما تعتبره الدولة كذلك اما بأمر يصـدر منها صراحة فى صـورة تشريع أو باقرار منها لأمر جرت به ارادة أخرى كارادة الله أو ارادة الجماعة ، وكفالتها له بجزاء توقعه على من يخالفه · فالقاعدة القـانونية اذن ليست شيئا كامنا فى طبيعـة الحياة الاجتماعية وما يهيمن عليها من مثل عليـا ، ولكنها شىء ظاهر تجرى به ارادة الدولة ومشيئتها ·

---

(١) راجع فى ذلك بخاصة :

Roubier, op. cit., No. 6, pp. 42 - 50. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e èd. 1927. No. 9, pp. 100 et s.

وقد ذهب هذا المذهب في تصور القانون غير قليل من الفلاسفة والفقهاء ، على اختلاف يسير في الجزئيات لا ينتقص من اتفاقهم على مبدأ رد القانون الى مشيئة الدولة · ونكتفي فيما يلي بعرض مذهب كل من الفيلسوف « هيجل » والفقيه « أوستن »(١) ·

(١) مذهب « هيجل » :

كان الفيلسوف الألماني هيجل (Hegel) — وهو صاحب مذهب تأليه الدولة وتعظيم سلطانها(٢) على نحو تبعه فيه أغلب الفقهاء الألمان فيما بعد — يرى أن وجود الدولة أمر جوهري لوجود جماعة منظمة ، وهو ما يقتضي أن يتلاشى الأفراد في الدولة وأن يخضعوا خضوعا تاما لها · فارادة الدولة هي التي يجب أن تسود ، لتحل النظام في الجماعة محل الفوضى وتعترف للأفراد بحقوقهم ، ووسيلتها الى ذلك وضع قانون للجماعة يلتزم به الأفراد ·

وبذلك يجد القانون أساسه وشرعيته — عند هذا الفيلسوف — من صدوره عن الدولة ، بحيث لا يتصور وجود قانون لا يصدر عن ارادتها أو في الأقل لا يحظى باقرارها(٣) ، وبحيث لا يتصور أن يكون للأفراد حقوق الا تلك التي تقرها الدولة وتعترف لهم بها(٤) ·

(٢) مذهب أوستن :

وكذلك كان الفقيه الانجليزي أوستن (Austin) لا يرى القانون الا

---

(١) وهناك مذاهب شكلية أخرى من أهمها مذهب « كلسن » Kelsen الذي كان يخلط خلطا تاما بين القانون والدولة ، فيعتبر الدولة مجموعة من القواعد القانونية (راجع في عرض مذهبه وانتقاده : كتابنا أصول القانون ، ص ١١٠ — ١٠٢) ·

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 51, p. 533.

(٣) اذا كان هيجل يعتبر القانون ارادة الدولة في الداخل ، فانه يعتبره كذلك ارادتها في الخارج بالنسبة الى علاقاتها مع الدول الأخرى · فسيادة الدولة ليست داخلية فحسب ، ولكنها خارجية كذلك ، اذ لا توجد ارادة أعلا من ارادة الدولة حتى تلزمها بسلوك معين أو تجبرها على اتباع هذا السلوك · وحينئذ تعتبر الحرب هي وسيلة الدولة للاجبار القانوني اللازم لكفالة احترام القانون الذي تضعه في شأن علاقاتها مع الدول الأخرى ·

أنظر : Roubier, ibid

(٤) Roubier, op. cit., No. 6, p. 44.

وضعيا تقوم الدولة بوضعه وكفالة احترامه جبرا على الأفراد ، لأنها هي وحدها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة . وجوهر القانون عنده هو أمر توجهه الهيئة الحاكمة الى المحكومين وتردفه بجزاء . ولذلك فالقانون لا يقوم الا في مجتمع سياسي يستند تنظيمه الى وجود طبقتين : طبقة حاكمة لها حق الأمر دون معقب ، وطبقة محكومة عليها واجب الطاعة لما يصدر عن الطبقة الحاكمة صاحبة السيادة في المجتمع من أوامر ونكاليف . ولا يقوم القانون كذلك الا عندما تملك الطبقة الحاكمة فرض احترام القانون بما لها من قوى مادية جبارة بتوقيع الجزاء على من يخالف عن أمر قواعده(١) .

ومن هنا ، كان انكار أوستن لوضعية القانون الدولي العام(٢) ، حيث لا يوجد في مجتمع الدول هيئة حاكمة لها حق السيادة أو الأمر دون معقب تنزل الدول منها منزلة المحكومين حتى تسن لها من القواعد القانونية ما تأخذها جبرا باحترامه . وكذلك كان انكار أوستن لوضعية القانون الدستوري(٣) ، فالدولة ليست مقيدة بأي قيد يمنعها من مخالفتها . ولانها - وهي تملك سلطان الجزاء - لا يتصور أن توقعه على نفسها .

٤٧ - نقد المذاهب الشكلية واستبعادها

لا نطيل الوقوف أمام ما ينتهي اليه الأخذ بهذه المذاهب الشكلية في مجموعها من تحكم الدولة تحكما مطلقا في القانون ، مما يجعل الحكم لقوة التي تتمثل في الدولة ، تفرض ما تشاء استنادا الى أن مشيئتها هي القانون ، أو تتحلل من أحكام القانون ، فالشطط في ذلك ظاهر ، اذ ينتهي الأمر الى أن يكون القانون في خدمة الدولة تشكله كيف تشاء دون نظر الى حاجات الجماعة أو مقتضيات العدل ، لا أن تكون الدولة في خدمة القانون تتقيد بأحكامه وتقف حارسا لكفالة احترام قواعده بالقوة المادية ان اقتضى الحال .

---

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive law, 4th ed. 1873, vol. I, pp. 90 - 100, p. 183.

(٢) Austin, pp. 89, 187, 188.

(٣) Austin, pp. 274 - 281.

ولا نطيل الوقوف كذلك أمام ما تتفق عليه هذه المذاهب الشكلية من حصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع ، فذلك نظر محدود يكذبه الواقع كما سنرى • بل ان من هذه المصادر ما لا يزال طاغيا على تشريع الدولة فى بعض المجتمعات ، كالدين بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية فى القوانين العربية ، وكالعرف والسوابق القضائية فى القانون الانجليزى •

ولا يكفى ــ لدفع هذا الاعتراض ــ ان يقال ان القانون اذا كان يتولد من مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ، فما ذلك الا لان الدولة تقره وتجيز تطبيقه ، مما يجعل من هذه المصادر ارادة ضمنية للدولة كما يعتبر التشريع ارادتها الصريحة(١) • اذ الواقع أن الدولة اذا كانت تطبيق القواعد المتولدة عن هذه المصادر ، فان هذه القواعد لا تعتبر قانونا لذلك ، وانما الصحيح أن الدولة تطبقها لأنها مفروضة عليها باعتبارها قانونا فى ذاتها(٢) •

ولكننا نريد أن نؤكد أن مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة أو مذهب وحدة القانون والدولة انما يأخذ بظاهر الأمر دون التنقيب عما وراءه ، فهو مذهب سطحى يكتفى بما يظهر فى الواقع من قيام الدولة غالبا بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء فيعتقد أن الدولة هى التى تخلق القانون • والواقع أن وظيفة الدولة تختلف عن ذلك كل الاختلاف ، فهى حين تضع التشريع مثلا انما تعمد الى التعبير تعبيرا فنيا عما تقضى به حاجة الجماعة وما يسيطر عليها من موجهات عقلية أو مثالية ، فالدولة لا تعدو اذن أن تكون مجرد أداة للتعبير عن حاجة الجماعة ومشيئتها ، وهى حاجة يحكمها ما تزخر به الحياة الاجتماعية من وقائع وحقائق وما يفرضه العقل من غاية أو هدف لتلك الحياة • وكذلك الامر فيما يتعلق بالعرف ، فالسنة التى يجرى الناس على اتباعها مع اقتناعهم

---

(١) Austin, pp. 103 - 105.

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣١ • ــ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٣١ • ــ محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٥٢ ، ص ١٣٠ • ــ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ • ــ سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ٧ •

بالزامها ليست الا تعبيرا عن حاجة من حاجات الجماعة أو تحقيقا لبعض ما تسمو اليه من مثل ٠

والاكتفاء بالشكل دون الموضوع ، والاعتقاد بالتالى بأن الدولة هى التى تخلق القواعد القانونية لانها تحمل غالبا طابعها الرسمى دون عناية بالوقوف على الحاجات والدوافع التى أملت وضع هذه القواعد أو على المثل والعوامل التى وجهت اليهما وأسهمت بنصيب وافر فى تحديد مضمونها ، ينتهى بالمذاهب الشكلية الى قطع الصلة بين القانون والجماعة مما يؤدى الى وقف حركة تطور القانون ٠ وآية ذلك ما جر اليه اتباع مذهب التزام النص(١) فى فرنسا فى القرن التاسع عشر من جمود القانون نتيجة للجمود فى التفسير وتقديس نصوص التشريع ، وفهمها على أنها - وقد تضمنت ارادة الدولة - فلا صلة لها بالحياة الاجتماعية أو بتطورها ٠ والواقع أن القاعدة القانونية - كما سبق البيان - هى قبل كل شىء قاعدة اجتماعية ، فلا يمكن فصلها بحال من الأحوال عن البيئة الاجتماعية التى تتكون فيها ، فهذه البيئة بما يحكمها من واقع ومما يوجهها من مثل انما تقدم المادة الأولية التى تصاغ منها القاعدة القانونية صياغة تجعلها صالحة للتطبيق فى نطاق العمل ٠

فالمذاهب الشكلية اذن مذاهب سطحية جامدة ينبغى استبعادها ، وتوسعة أفق النظر الى تكوين القاعدة القانونية - دون انحصار فى الشكل الذى تخرج به الى الناس - بما يستوعب ما يستتر وراء هذا الشكل من عمل صامت خفى يتمثل فى عوامل الحياة الاجتماعية الواقعية منها والمثالية على السواء ٠

٤٨ - التفرقة بين المصادر الرسمية او الشكلية وبين المصادر المادية او الموضوعية للقاعدة القانونية ، واهميتها

اذا استبعدنا المذاهب الشكلية ، ومددنا النظر الى الشكل والى ما وراءه ، فاننا نصادف اذن فى تكوين القاعدة القانونية أول ما نصادف عنصرا شكليا

---

(١) راجع فى هذا المذهب ما سيرد بعد عند التعرض لتفسير القاعدة القانونية ٠

هو الذى يعطيها قوة الالزام وصلاحية التطبيق فى نطاق العمل ، ثم نصادف وراء الشكل عنصرا موضوعيا هو المكون لمادة القاعدة القانونية وجوهرها ٠

ولذلك يستقر أغلب الفقهاء على أن القاعدة القانونية لها مصدران : مصدر رسمى او شكلى (source formelle) . ومصدر موضوعى أو مادى (source réelle ou matérielle) ٠ ونرمز بالمصادر الرسمية أو الشكلية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية ، ونرمز بالمصادر الموضوعية أو المادية لجوهر القاعدة القانونية ، ذلك أن القاعدة القانونية توجد مادة أولية قبل أن تمتد اليها يد القانون الوضعى بالتعبير والصياغة والالزام فى نطاق العمل ٠ وهذه التفرقة من الاهمية بمكان كبير ، اذ ترتفع بالقانون عن أن يكون مجرد تحكم من السلطات التى تملك التعبير عنه ٠ فهذه السلطات انما تلتزم ــ فى هذا التعبير ــ ما تقدمه اليها المصادر الموضوعية أو المادية من حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها ٠ فان جاء التعبير من السلطات المختصة به مجافيا لهذه الحقائق وتلك المثل ، خرج القانون فى صورته الوضعية ظالما ، والقوانين الوضعية الظالمة ــ فيما يحدثنا التاريخ ــ لا يكتب لها البقاء ، فسرعان ما يمتد اليها الفناء اذ يجرفها تيار التطور أو تيار الثورة ٠ وان جاء التعبير على يد السلطات المختصة بذلك ناقصا ، لم يكن للقاضى أن يقف مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة « انكار العدالة » أو على الأصح جريمة « انكار العدل » Déni de Justice وانما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل أى من المصدر المادى أو الموضوعى للقانون ٠

فالمصادر المادية أو الموضوعية اذن هى التى تقدم جوهر القاعدة القانونية والمصادر الرسمية هى التى تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس ٠ أو بعبارة أخرى تفرض المصادر الموضوعية أو المادية على القانون الوضعى جوهر قواعده ، ويصوغ القانون الوضعى هذا الجوهر ويفرضه على الناس عن طريق المصادر الرسمية أو الشكلية ٠

٤٩ ـ خطة البحث

اذا كان تكوين القاعدة القانونية يرد ـ على ما سبق البيان ـ الى عناصر مادية تفصح عن جوهرها ، والى عناصر رسمية تفصح عن شكلها . فيكـون طبيعيا أن نقسم هذا الفرع الى **بابين** :

الباب الأول ـ فى جوهر القاعدة القانونية .

الباب الثانى ـ فى شكل القاعدة القانونية .

الباب الأول

جوهر القاعدة القانونية

٥٠ ـ تمهيد

المقصود بهذا الباب بيان المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية ، أي الوقوف على ما يسميه الفقهاء المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، اذ هي المصادر الحقيقية التي يستمد منها مضمون هذه القاعدة وتستند اليها شرعيتها على السواء ٠

والاختلاف كبير بين الفلاسفة والفقهاء بشأن النظر الى جوهر القاعدة القانونية ، ومرد ذلك قصر النظر الى ناحية دون أخرى ، فمدرسة لا تبصر من هذا الجوهر الا المثل الأعلى الذي يكشف عنه العقل ، ومدرسة أخرى لا تبصر منه الا الحقائق التي تزخر بها الحياة الاجتماعية ٠ وأصل هذا الاختلاف افتراقهما في الطريقة والمنهج ٠ فالمدرسة المثالية تقوم على أساس التسليم ببديهية أولية ، لا تقبل النقاش ولا يمكن التدليل عليها ببرهان مادي ٠ والمدرسة الواقعية ترفض كل بديهية لا يقوم عليها دليل علمي ، وتقنع بالمشاهدة والتجربة لكل واقع ملموس محسوس ، فتلتزم بذلك منهاجا علميا تجريبيا بحتا ٠

ولعل مثلا يوضح الفرق بين المدرستين : فالقاعدة التي توجد في كل الشرائع بتحريم القتل يختلف أصلها عندهما ، فهذا الأصل عند المدرسة المثالية مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل ، وهو عند المدرسة الواقعية تسجيل للواقع واستخراج منه ، فالتقاتل بين الناس أدى الى الفوضى في الجماعة وأوشك أن يودي بها الى الفناء فلم يكن بد من تحريم القتل ٠

غير أن كلا من المدرستين يسرف فى الناحيـة العكسية للأخرى اسرافا يحصر النظر الى القانون فى زاوية واحدة • ومن هنا ، ينبغى للاحاطة بجوهر القانون على وجهه الصحيح النظر الى زواياه جميعـــا ، وهو ما لا يتأتى الا بالجمع بين فقه ونهج المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية على السواء ، وهـذا ما انتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم لأنه هو المتفق مع طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها •

ولذلك نقسم هذا الباب الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول ــ فى المدرسة المثالية •

الفصل الثانى ــ فى المدرسة الواقعية •

الفصل الثالث ــ فى الجمع بين فقه المدرستين المثالية والواقعية •

الفصل الأول

المدرسة المثالية

L'Ecole Idéaliste

تكاد تنحصر هذه المدرسة في مذهب القانون الطبيعي ، الذى لم يثر مذهب مثل ما أثاره هذا المذهب من جدل وخلاف ، فنعرض لفقهه وتطوره فيما يلي :

مذهب القانون الطبيعي(١)

La Doctrine ou L'école de droit naturel

٥١ ـ تمهيد

راودت الفلاسفة منذ قديم فكرة وجود قانون أعلى من القوانين

---

(١) أهم المراجع :

Alexeiev, Le droit naturel, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, Nos. 1 - 2, pp. 135 - 164. — Beudant. Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., Nos. 18 - 93 — Charmont, La renaissance du droit natural, 2e éd., 1927. — Dabin, La philosophie de l'orde juridique positif, Nos. 64 - 3. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 201 - 216. — Draghicesco, Philosophie du droit et droit natural, Arch, de phil. du droit, 1935, Nos. 1 - 2, pp. 243 - 286. — La Fur, droit naturel et réalisme, Ach. de phil. du droit, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 225 - 230. — Luno Pena, Essai critique sur les notions de Loi Eternelle et de Loi Naturelle, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 1 - 2, pp. 92 - 131. — Richard, Le droit naturel et la philosophie des valeurs, Arch, de phil. du droit, 1934, Nos. 1 - 2, pp. 7 - 24. — Rommen, Le droit naturel, Traduction française 1925. — Roubier, op. cit., Nos. 11 - 12, pp. 92 - 106; No. 16, pp. 144 - 153. — Saleilles, Ecole historique et droit naturel, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, pp. 80 - 112.

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, 1949. — Friedmann. Legal theory, 1944, pp. 18 - 62.

كتابنا سالف الذكر ، ص ١٢١ ـ ١٤٧ .

الوضعية ، قانون ثابت أبدي صالح لكل زمان ومكان لأنه انما يصــــدر عن طبيعة الأشياء ، تلك الفكرة في بساطة تعبيرها عن نزعة الانسان الى الكمال هي التي عبر عنها مذهب القانون الطبيعي ·

غير أن هــــذا المذهب ، وان احتفظ بجوهر تلك الفــكرة على اختــلاف العصور منذ القدم ، الا أن مضمونها لم يثبت على حال واحدة فتناوله التعديل والتبديل دفعا لما تعرضت له الفكرة ذاتها من تجريح ونقد مرير وكذلــك فان هذه الفكرة تقاذفتها الغايات المختلفــة ، فبدأت فكرة تأمل فلسفية ، ثم صارت فكرة دينية ، ثم لم تلبث أن تحولت الى فكرة قانونية ، ثم اتخذهــا فلاسفة السياسة أداة لزلزلة الطغيان فمهدوا بها للثورة الفرنسية ولما أعلنته من حقــوق الانســان الطبيعية · على أن ذلك دفع بالفكرة الى منزلق خطر اذ صبغها بصبغة فردية صــارخة ، فمكن للخصوم منهــا ، فتوارت زمنا ثم عادت في أعقاب القرن الماضي ومطلع هذا القرن تطل على الناس في زى جديد يجعلها أدنى للقبول وأثبت للنقد ·

٥٢ ـ القانون الطبيعي عند اليونان

ففكرة القانون الطبيعي اذن فكرة عريقة في القدم ، يردها الكثيرون الى اليونان · غير أنه ينبغي الحــذر في تقبل ذلك على اطلاقه · فرغم أن بعض شــعراء اليونان كانوا يتكلمون عن قوانين خــالدة أبدية لم تكتب وليس الى محوهــا من ســبيل ، الا أن فلاسفة اليونان الأول كانوا يحملون للدولــة ولقوانينها الوضعية تقديسا كبيرا باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير(١) ، ومن هنا لا نجد في آثارهم فكرة القوانين الوضعية الظالمة التي يجب على الفرد عدم اطاعتها ·

ثم تقدمت الحياة باليونان فظهر فيهم ما يعرف بمذهب « الرواقية »

(١) Del Vecchio, op. cit., pp. 41 - 43; 45 - 46 — Roubier, op. cit., No. 11, pp. 92, 93.

(le Stoïcisme) الذى كان يرى المثل الأعلى للحكيم فى التحرر من كل المؤثرات الخارجية بما فيها اجبار الدولة ، والخضوع للقانون الطبيعى الذى يحكم العالم كله ويلزم الجميع ، والذى يعلو سلطانه على سلطان القوانين الوضعية التى تضعها الدولة وتطبقها باعتباره قائما على وحدة الطبيعة الانسانية(١) • ومن هنا نرى النزعة الفردية تطل برأسها من ثنايا هذا المذهب(٢) •

٥٣ ـ القانون الطبيعى عند الرومان

وقد انحدر مذهب الرواقية الى الرومان فيما انحدر اليهم من مذاهب اليونان الفلسفية ، فتأثروا بنزعته الفردية كما تأثروا بفكرته فى وجود قانون طبيعى •

فنجد « شيشرون » (Ciceron) يعتقد بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية ، بوجود قانون ثابت خالد موافق للطبيعة وللعقل القويم ، ينطبق على الناس كافة ولا يتغير فى الزمان ولا المكان ، هو القانون الحق(٣) • ونجد عند الفقيه « بول » Paul مثل هذا النظر من وجود قانون ثابت سابق على وجود القوانين الوضعية ، ليس من عمل الانسان لأن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه •

ويعتقد كذلك الفقيه « جايوس » Gaius بوجود قانون مشترك بين جميع الناس لما له من صفة عقلية طبيعية ، فهو اذن قانون عالمى أو ما سموه « قانون الشعوب » (Jus gentium) (٤) • وينبغى التنبيه الى أن الرومان كانوا يعرفون تحت هذا الاسم كذلك القانون الذى كان ينطبق على علاقات

---

(١) Del Vecchio, op. cit., pp. 50, 51. — Roubier, op. cit. No. 11, p. 94.

(٢) Roubier, op. cit., No. 11, p. 95.

(٣) Cicéron, cité par Sennn, De la Justice et du Droit, 1927, p. 61, note "1".

(٤) Roubier, op. cit., No. 11, p. 96.

الاجانب بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الرومان . ولكن هذا القانون لا يعدو أن يكون قانونا وضعيا يختلف عن القانون الطبيعى الذى يصدر عن طبيعة الاشياء ويستخلصه العقل . ولذلك كان « قانون الشعوب » فى المعنى الوضعى يعرف نظام الرق ويقره ، بينما كان ينكره « قانون الشعوب » بمعناه كقانون طبيعى(١) .

٥٤ - القانون الطبيعى عند الكنسيين فى القرون الوسطى

ثم ما لبثت فكرة القانون الطبيعى أن اصطبغت بصبغة دينية فى العصور الوسطى فتطورت هذه الفكرة فى كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون الطبيعى هو ذلك القانون الألهى الذى يسمو على القانون الوضعى . وهو ، وان كان كما عرفه اليونان والرومان قانونا خالدا ثابتا لا يتغير ، الا أن الله هو الذى يلهمه باعتبار أن الله هو خالق الطبيعة . وقد أرادت الكنيسة بتحويل فكرة القانون الطبيعى الى فكرة دينية أن تمكن لسلطان البابا على سلطان الملوك ، أى أن تمكن للسلطة الروحية من السلطة الزمنية فتخضع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة .

غير أن القانون الطبيعى وان غلبت عليه الصبغة الدينية فى هذه الآونة ، الا أن ذلك لم ينتقص من الصبغة العقلية التى لازمته على عهد اليونان والرومان . فلئن كان القانون الطبيعى عند فقهاء الكنيسة هو ذلك القانون الذى نقشه الله على قلب كل انسان ، الا أن الانسان لا يجد هذا القانون أو يدركه الا بعقله .

ومن هنا يفهم منطق فقهاء الكنيسة - وخاصة القديس « توماس الاكوينى » (Saint Thomas d'Aquin) - فى تقسيم القانون الى درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فأعلاها هو « القانون الالهى » أو « القانون الأزلى » الذى يحمل مشيئة الله ، وهو مسألة ايمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال ،

---

(١) Senn, op. cit., pp. 73 - 79. —Beudant, op. cit., No. 35, pp. 55 - 56. — Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 55, 56.

فلا يدركه الا الراسخون فى الايمان الذين أضاء الله بصيرتهم بنوره . ومن تحته « القانون الطبيعى » الذى هو منتهى ما يدركه العقل من أصول القانون الالهى . وأسفل من ذلك يوجد القانون الوضعى وهو ما يستخرج من قواعد القانون الطبيعى(١) .

واذا خالف القانون الوضعى عن أمر قواعد القانون الطبيعى فالطاعة واجبة رغم ذلك للقانون الوضعى ، لأن النفع العائد من الطاعة - وهو الاستقرار والأمن فى المجتمع - أكبر من الضرر الناتج عن العصيان ، وفى ذلك تغليب لمصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع أصول القانون الطبيعى . ولكن الطاعة للقانون الوضعى تصبح غير واجبة ان خالف عن أمر القانون الالهى(٢)

ومن هنا يبدو تطور سياسة الكنيسة . فبعد أن كانت الكنيسة فى عهد المسيحية الأول تفصل فصلا تاما بين السلطان الدينى والسلطان المدنى ، وتعبر عما لكل من السلطانين من نطاق نفوذ مستقل فى قولتها المشهورة : « أعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله »(٣) ، أضحت فى القرون الوسطى تخضع السلطان المدنى للسلطان الدينى ، فلا طاعة للقانون الوضعى فى معصية القانون الالهى ، وهو ما يختلط معه القانون الطبيعى فى فقه الكنيسة اختلاطا بينا كما رأينا .

٥٥ - الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة فى القرن السادس عشر ، وانكار فكرة القانون الطبيعى نتيجة لذلك

غير أن انقضاء العصور الوسطى كان مؤذنا بزوال عهد الاقطاع وبدء

---

(١) انظر فى ذلك :
Beudant, op. cit., No. 44. p. 72 — Del Vecchio, op. cit., pp. 61, 62. — Du Pasquier, op. cit., No. 223. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 99 — Fried-Mann, p. 28. — Cairns, pp. 175 - 184.

(٢) انظر :
Del Vecchio, op. cit., p. 62. — Roubier, ibid. — Du Pasquier, ibid — Rommen, op. cit., pp. 76 - 77. — Friedmann, p. 29.

(٣) Beudant, op. cit., No. 40. — Del Vecchio, op. cit, p. 57. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 97.

تكون الدول الحديثة فظهر مبدأ سيادة الدولة وهو ما أطاح بسيادة الكنيسة وسلطانها • وغالى بعض الكتاب فى الدعوة الى هذا المبدأ مغالاة لعل مرجعها الرغبة فى التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال • وهذه المغالاة تجد صداها فى القرن السادس عشر عند كاتبين شهيرين هما « مكيافيل » (Machiavel) (١٤٦٩ — ١٥٢٧) و « بودان » (Bodin) (١٥٣٠ — ١٥٩٦) •

« فمكيافيل » فى كتابه « الأمير » يضع صاحب السلطان فوق الأخلاق وفوق كل مثل أعلى ، فيخول له التوسل بكل ما يؤيد سلطانه سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع ، اذ الغاية — كما يقول — تبرر الوسيلة . والقوة تكون عادلة ما دامت ضرورية(١) •

و « بودان » يدعو الى سيادة الدولة سيادة مطلقة ، وفى سبيل ذلك يحل صاحب السلطان من الخضوع للقوانين التى يفرضها على رعاياه ، اذ مادام هو مصدر القانون فانه يصير بذلك فوق القانون ، فليس ما يلزمه قانونا قبل الأفراد ، وان يكن ملتزما قبلهم بمجرد التزامات أخلاقية ، ومن هنا فليس للأفراد الحق فى مطالبته باحترام هذه الالتزامات(٢) •

وقد كان من أثر هذه المغالاة فى تصور فكرة السيادة توارى فكرةالقانون الطبيعى ، وطغيان الدولة على حريات الأفراد وحقوقهم فى الداخل ، وتحكم القوة فى تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة فى الخارج • ومن هنا بدت الحاجة مرة أخرى الى فكرة القانون الطبيعى كوسيلة تذود عن حقوق الأفراد وحرياتهم طغيان الدولة ، وتخضع علاقات الدول فيما بينها للعدل لا للقوة •

---

(١) أنظر فى ذلك قول « مكيافيل » : « ان الأمير يجب ان يكون ثعلبا وأسدا فى نفس الوقت ، لأنه ان لم يكن الا أسدا ، فلن يبصر الشراك • وان لم يكن الا ثعلبا فلن يحمى نفسه من الذئاب ، فهو بحاجة الى أن يكون ثعلبا لتعرف الشراك ، وأسدا لاخافة الذئاب » •

راجع فى الاشارة الى ذلك والى غيره من أقوال « مكيافيل » :

Chevallier, (Jean-Jacques), Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, pp. 27 - 29.

(٢) أنظر فى آراء « بودان » :

Chevallier, op. cit., pp. 38 - 51. — Roubier, op. cit., No. 12, pp. 100 - 101 — Del Vecchio, op. cit., pp. 72 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 11.

٥٦ — تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس

وقد وجدت هذه الفكرة طريقها الى الظهور والتبلور على شكل مذهب واضح المعالم والحدود فى النصف الأول من القرن السابع عشر على يد الفقيه الهولندى « جروسيوس » Grotius (١٥٨٣ — ١٦٤٥) ، والذى كان له الفضل فى ابراء القانون الطبيعى مما أسبغته عليه الكنيسة فى القرون الوسطى من صفة دينية ، فحرر القوانين الوضعية بذلك من رجال الدين(١) • ثم اتخذ من هذا القانون الطبيعى وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل ، فحررها بذلك من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها • ثم ذهب الى اقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعى فى السلم والحرب على السواء ، فأخرج بذلك الى الوجود فكرة القانون الدولى العام بمعناه الحديث ، وأقامه على أساس متين من وجوب احترام الاتفاقات والمعاهدات الدولية وتنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة تنظيما قانونيا •

فالقانون الطبيعى عنده هو قبل كل شىء قواعد عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الأشياء، هو ذلك القانون الذى يفرضه ويستخلصه العقل القويم من طبيعة الانسان مبينا العدل من الظلم • وهو باعتباره وليد العقل ووليد الطبيعة يكسب منهما صفة الوحدة والثبات والخلود فلا يتغير بتغير المكان ولا بتغير الزمان ، والله نفسه لا يملك بذلك تغييره ، لأنه ليس بالذى يغير المعقول أو الطبيعى(٢) • فالقانون الطبيعى اذن انما يحدد بجهد العقل مضمون القاعدة — التى حدد مضمونها القانون الطبيعى — قاعدة ملزمة مجبرة • ومن هنا كان وجوب استناد القانون الوضعى الى أساس من مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الأشياء(٣) •

(١) Charmont, op. cit., p. 17.

(٢) Beudant, op. cit., No. 60, p. 94. ... Du Pasquier, op. cit., No. 228.

(٣) Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

وما دام أنه يوجد قانون مستخلص من الطبيعة ومن العقل يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها ، فلا محيص من التسليم بأن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالانسان تولد معه لأن طبيعته تحتمها لتمكينه من القيام بما يشاء من نشاط مشروع . تلك هى الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الانسان . فهذه الحقوق اذن مبدأ أساسي من مبادىء القانون الطبيعي لا تستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله ، بل ان مهمة هذه القوانين هى تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالته لكل من الأفراد(١) . وتلك نزعة فردية واضحة تركز القانون فى الانسان أو فى الفرد ، وتقصر دوره على حماية ما تدعيه له من حقوق طبيعية ثابتة له منذ الأزل بمقتضى طبيعته البشرية .

غير أن فكرة القانون الطبيعى وان يكن قد أتيح لها البروز مع الوضوح والاستقلال على يد جروسيوس ، الا أن هذا الفقيه رغم ما نادى به من وجود قانون أعلى للعدل يستخلص بجهد العقل فيسمو بذلك على القوانين الوضعية ، لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره ، فأقر ما كان قائما حينذاك من نظام الرق وحق الفتح ، بل وبرر ذلك بأن الحرية ، وان تكن فى طليعة حقوق الانسان الطبيعية ، الا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى عقد ، كما يمكن فقدها بالانهزام أو الأسر فى الحرب(٢) ، وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذى وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعى .

٥٧ - رواج مذهب القانون الطبيعى وتطرفه فى القرنين السابع عشر والثامن عشر

ومهما يكن من أمر ، فان فكرة القانون الطبيعى قد اتيح ليا فى القرنين السابع عشر والثامن عشر حظ كبير من الذيوع والانتشار والتحرر من مؤثرات العصر ، فلم يعد أنصارها يبررون - كما فعل جروسيوس - بعض الأنظمة

---

(١) أنظر : Beudant, op. cit., No. 60, p. 95. — Roubier, op. cit., No. 12. pp. 105, 106.

(٢) أنظر : Charmont, op. cit., pp. 18, 19. — Beudant, op. cit., No. 61, pp. 95, 96.

انظمة فى القوانين الوضعية كحق الفتح ونظام الرق ، بل اطرد منطقهم بضرورة الغاء مثل هذه النظم لمخالفتها للقانون الطبيعى .

غير أن فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها فى هذين القرنين فضلا عن ذلك أن تصبح فكرة قانونية ، بعد أن كانت فكرة فلسفية فى العصور الأولى ، وفكرة دينية فى العصور الوسطى(١) . فاصبح ينظر الى هذه الفكرة لا باعتبار أنها تتضمن موجهات كلية مثالية يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء ويلتزم المشرع باحترامها فى القوانين الوضعية ، ويلتزم القاضى كذلك باستهدائها ان قصرت القوانين الوضعية عن البصر بكل ما قد يعرض فى العمل من فروض متباينة ، بل أصبح ينظر اليها باعتبار أنها تتضمن قواعد جزئية تفصيلية تواجه كل ما يعرض فى العمل من حالات وتجد له الحل العادل المعقول(٢) .

فالقانون الطبيعى اذن قد أصبح عند كثير من كتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر قانونا أو تشريعا نموذجيا كاملا أى يحوى لكل وضع من الاوضاع أو نظام من الأنظمة القواعد النموذجية التى يجب أن تحكمه ، وبذلك يقتصر عمل المشرع على تحويل هذه القواعد النموذجية الى قواعد وضعية وازالة الفروق بين القوانين الوضعية القائمة وبين القانون الطبيعى أى بين الصورة والأصل(٣) . ومنطق هذا النظر يؤدى الى اعتبار أن القانون الوضعى يتضمن جزءا كبيرا من قواعد القانون الطبيعى هى التى يستعيرها منه ويسبغ عليها صفة الوضعية أو صفة الالزام . وبعبارة أخرى يعتبر من القانون الطبيعى كل ما يوجد فى القانون الوضعى من قواعد توافق العقل وتقضى بها طبيعة الأشياء ، بل كل ما يوجد فيه من قواعد ترمى الى مثالية القانون الوضعى والسمو بأحكامه .

---

(١) Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, No. 68, p. 271. — Roubier, op. cit., No. 12, p. 103.

(٢) Roubeir, op. cit., No. 12 p. 104.

(٣) Capitant, op. cit., No. 7, p. 33. — Dabin, op. cit., No. 68, pp. 271, -272. — Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

وظاهر أن في هذا النظر خلطا بين فكرة القانون الطبيعي في ذاتها وبين ما يعمد اليه المشرع من فرض حلول لمشاكل الحياة الاجتماعية بالتطبيق لهذه الفكرة أو باستيحائها • وكذلك فان هذا النظر يناقض القول بان القانون الطبيعي قانون عالمي ، ثابت خالد لا يتغير في الزمان والمكان ، فان العقل الانساني الذى يستخلصه لا يبلغ من القدرة مبلغا يمكنه من وضع مجموعة كاملة من القواعد النموذجية التفصيلية تصلح لمواجهة جميع دقائق الفروض العملية في كل زمان ومكان ، فهذه الفروض تختلف بحسب الزمان والمكان ، وما يوضع لها من حلول لا يقل عن ذلك اختلافا •

٥٨ ـ القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي

وأيا كان الأمر ، فان فكرة القانون الطبيعي قد عاصرتها وزاحمتها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة أخرى هي فكرة العقد الاجتماعي Le contrat social • ومضمون هذه الفكرة القول بوجود اتفاق تواضع عليه الناس بتركيز السلطة في يد شخص أو هيئة يكون لها حق الأمر دون معقب للخروج بذلك من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم • غير أن هذا العقد الاجتماعي قد اختلف تصور أطرافه ومضمونه لدى الكتاب اختلافا بالغ الأثر في تحديد مدى سيادة صاحب السلطان في المجتمع •

فالكاتب الانجليزي هوبز Hobbes (١٥٨٨ ـ ١٦٧٩)(١) يرى هذه السيادة مطلقة لا تحدها حدود أو قيود ، اذ أن الأفراد نزلوا بمقتضى العقد الاجتماعي عن كل ما كان لهم من حريات وحقوق في عهد الفطرة ووضعوها بين يدي السلطان • ذلك أن عهد الفطرة (L'état de nature) كان هو

---

(١) راجع في مذهب « هوبز » بخاصة :

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, pp. 246 - 271. — Chevallier, op. cit., pp. 52 - 69. — Del Vecchio, op. cit., pp. 83 - 85. — Beudant, op. cit., No. 66. — René Capitant, Hobbes et l'Etat totalitaire, Arch. de phil. du droit, 1936, No. 1 - 2, pp. 46 - 75.

عهد الفوضى الذى تحكمه الأنانية والغرائز المنطلقة ويسود فيه منطق القوة ، حيث تقود الحرية المطلقة المتروكة للجميع الى حرب مستمرة لا تنقطع بينهم • لذلك لم يكن بد من أن تدفع الناس غريزتهم فى البقاء والدفاع عن النفس الى محاولة الخروج من هذا العهد الفطرى التعس الى عهد أفضل نظامى ، عن طريق عقد يتضمن نزول كل فرد عما كان له فى عهد الفطرة من حرية مطلقة دون حدود • وهو نزول لا يتصور الا كاملا وغير مشروط ، والا أتيح للفوضى الفطرية أن تعود من جديد • وهو كذلك نزول لا رجعة فيه ، فلا يستطيع الناس أن يستردوا من السلطان ما أعطوه ، ذلك أنه لم يكن طرفا فى العقد حتى يلتزم بشىء قبل الأفراد ، فبقيت له وحده الحرية الفطرية يفعل ما يشاء •

وغنى عن البيان أن هذا النظر يؤدى الى الاستبداد المطلق ، اذ لا يضع أمام القوانين الوضعية التى يسنها السلطان ويطبقها على النـــاس حاجزا أو سدا من مثل أعلى للعدل يحول دون اندفاعها فى طريق التحكم والظلم ، أى ينكر بذلك وجود فكرة القانون الطبيعى • فانه ليس بعـد العقد الاجتمـاعى كما لم يكن قبله ، عدل أو ظلم فى ذاته ، اذ يصبح ذلك رهنا بارادة صاحب السلطان • وبذلك تظل الكلمة العليا للقوة فى عهد المجتمع المنظم ، كما كانت كذلك فى عهد الفطرة(١) •

غير أن فكرة العقد الاجتماعى قد أتيح لها عند كاتب آخر هو الـكاتب الانجليزى لوك Locke (١٦٣٢ ـ ١٧٠٤)(٢) ، أن تمكن لفكرة القـانون الطبيعى وتحارب استبداد السلطان وتحكم القوانين الوضعية • فعهد الفطرة الأولى عنده عهد يحكمـه العقـــل لا الأهواء ولا الأنانية كما يرى « هوبز » •

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant. op. cit., No. 66, pp. 104, 105.

(٢) راجع فى مذهب « روسيو » بصفة خاصة :

Gairns, pp. 335 - 361. — Chevallier, op. cit., pp. 85 - 99. — Beudant, op. cit., No. 67. — Del Vecchio, op. cit., pp. 90 - 92.

لذلك فان الأفراد لا ينزلون في العقد الاجتماعي عن كل ما لهم في ذلك العهد من حقوق طبيعية ، بل ينزلون منها عن القدر اللازم لكفالة الصالح العام فحسب(١) ، ويظل القدر الباقي من هذه الحقوق الطبيعية قائما في عهد المجتمع المنظم كقيد يرد على حرية السلطان · والسلطان باعتباره طرفا في العقد ، انما يلتزم بتسخير سلطته في تحقيق الصالح العام واحترام الحقوق الطبيعية للأفراد ، واخلاله بهذا الالتزام يحل للأفراد فسخ العقد والثورة على السلطان · فالقانون الوضعي في هذا النظر اذن انما يعمل على احترام الحقوق الطبيعية للأفراد وكفالة الالتزامات التي تفرضها الطبيعة والعقل ·

ثم استخدم روسو (Rousseau) (١٧١٢ ـ ١٧٧٨)(٢) في النصف الثاني من القرن الثامن عشر فكرة العقد الاجتماعي أداة لانكار حق الملوك في السيادة ، وبصفة عامة لانكار حكم الفرد ، ووسيلة لحصر السيادة في الشعب أو المجموع ·

فالعقد الاجتماعي عنده أنهى عهد الفطرة حيث كان لكل فرد فعل ما يشاء ، وأنشأ عهد المجتمع حيث أصبحت السيادة والسلطان من حق المجموع ككل لا من حق فرد واحد من الأفراد على حدة · فالقوانين تستمد شرعيتها اذن وقوتها الملزمة للأفراد من كونها ليست الا تعبيرا عن الارادة

---

(١) اذا كان الأفراد يعملون على الخروج من عهد الفطرة رغم أنه عهد يحكمه العقل فيما يرى « لوك » فما ذلك الا للحصول على ضمان أقوى لحقوقهم وحرياتهم ولتفادي عواقب التعسف المحتوم من جانب بعض الأفراد في استعمال ما لهم من حقوق وحريات · فان عهد الفطرة يفتقد قوانين معلومة قائمة على الرضا العام المشترك ، وقضاة معلومين عدول محايدين يفصلون في المنازعات طبقا لهذه القوانين ، وسلطة اجبار قادرة على كفالة تنفيذ ما يصدرونه من احكام · ولذلك يفضل الأفراد الانتقال من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم حيث تتوافر فيه كل هذه الضمانات ·

(أنظر : (Chevallier, op. cit., p. 91

(٢) راجع في مذهب « روسو » بصفة خاصة :

Chevallier, op. cit., pp. 142 - 173. — Beudant, op. cit., pp. 150 - 168. — Del Vecchio, op. cit., pp. 104 - 108. — Charmont, op. cit., pp. 41 - 46. — Hubert, Rousseau et l'école positiviste, arch. de phil du droit, 1962, No. 34, pp. 407 - 427.

العامة أى عن ارادة المجموع · وهذه الارادة العامة عنده ارادة مطلقة معصومة ، لانها — وهى ارادة المجموع — لا يتصور أن تبتغى مصلحة مخـــالفة لمصالح أفراده ، كما لا يتصور أن يضر الجسم بعضو من أعضائه(١) ·

وتلك نظرة مادية فى تصور القانون ، اذ يصير عدلا ما يريده المجموع أو على الأصح — وهـــو ما يسمح به العمل — ما تريده الأغلبية فى هـــذا المجموع(٢) · وبذلك نستطيع أن نسلك روسو — على خلاف الشائع عنه — فى سلك المنكرين لفكرة القانون الطبيعى · فهو لا يعترف بأن القانون الوضعى أو الارادة العامة تخضع لجملة من موجهات العدل العقلية أو لنماذج من قواعد العدل التفصيلية · بل وأن نسلكه فى سلك المنكرين لفكرة الحقوق الطبيعية ، فرغم تسليمه بأن الأفراد لا ينزلون بمقتضى العقد الاجتماعى الا عن القـــدر اللازم من حقوقهم لحاجة المجموع ، الا أنه يجعل هـــذا المجموع الذى يسميه الارادة العامة — والذى يقتصر فى الواقـــع على الاكثرية — هو وحده الحـــكم المتصرف فى تحديد الحقوق الطبيعية التى يحتفظ بها الأفراد ، وله أن يقيـــد منها ما كما يشاء(٣) · وهو بهـــذا المنطق ينتهى الى الاستبداد المطلق يحله للشعب أو لأكثرية الشعب ، فكأنه ما حارب الاســـتبداد فى ذاته ، ولـــكنه حاربه باعتباره استبداد فرد لا يستند الى عقد اجتماعى !·· فان استند الى هذا العقد وكان استبداد مجموع فلا تثريب عليه عنده ! ··

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أن فكرة العقد الاجتماعى لم تكن مرادفة دائما لفكرة القانون الطبيعى · فلم تكن تعنى دائما عند كثير من الكتاب حدا من سيادة أصحاب السلطان فى الجماعة ولا قيدا يرد على حرية المشرع بالتزام مثل أعلى من العدل أو باحترام حد أدنى من الحقوق الطبيعية للأفراد · ولكنها

---

(١) J. - J. Rousseau, Du contrat social, Aubier, éditions Montaigne, Livre I, Chapitre VII, pp. 106 - 108; Livre II, Chapitre III, p. 145, Chapitre IV, p. 152.

(٢) فى هذا المعنى :
Beudant, op. cit., No. 101, p. 161.

(٣) Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p. 153.

عنت عند الكثيرين - وعلى الأخص عند « روسو » - التمكين لسلطان الشعب أو لسلطان الأكثرية منه دون الاعتراف بسلطان الفرد أو سلطان الملوك ، وبذلك اتخذت لها هدفا سياسيا واضحا هو احلال الحكم الديمقراطي محل الحكم الأوتقراطي . وفي غمرة الحماس لتقويض سلطان الفرد واقامة سلطان الشعب ، ضاعت صيحة العدل - وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعي - عند أنصار العقد الاجتماعي ، فأصبحت مشيئة الشعب أو ارادة الأغلبية عندهم هي العدل ، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو ارادة مستبدة .

غير أن ما لاقته فكرة العقد الاجتماعي على يد « روسو » من نجاح وذيوع لم يقلل من الاعتقاد والايمان بفكرة القانون الطبيعي طوال القرن الثامن عشر بل بدت الحاجة أكثر ما تكون ملحة الى هذه الفكرة الأخيرة لتقف كالسد الحاجز أمام ما تضمر الفكرة الأولى من خطر استبداد الحكام وتحكمهم باسم الشعب واسم العقد الاجتماعي .

٥٩ - انتصار مذهب القانون الطبيعي على يد الثورة الفرنسية

وتحت تأثير هاتين الفكرتين ولدت الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر ، فأعتنقت مذهب « روسو » في حصر السيادة في الشعب وحده ككل أي من حيث هو يكون كتلة أو وحدة متميزة ذات شخصية منفصلة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين له . وكذلك حرصت الى جانب ذلك على اعتناق فكرة القانون الطبيعي كموجه ومقيد لسيادة الشعب ، فأعلنت ما سمته بحقوق الانسان الطبيعية التي تلتزم القوانين الوضعية بالاعتراف بها وكفالة احترامها وضمان التمتع بها للأفراد ، بحيث ترد هذه الحقوق - خلافا لمذهب « روسو » - قيدا على تحكم تلك القوانين التي تحمل مشيئة الشعب . وبذلك أتيح لمذهب القانون الطبيعي أن يصبح مذهبا رسميا يتضمنه اعلان رسمي هو « اعلان حقوق الانسان والمواطن » ، بعد أن كان مجرد فكرة تجري بها أقلام الفلاسفة والكتاب .

وقد كان هذا الاعلان ممهدا لصدور سلسلة من اعلانات مماثلة رسمية

تضمنتها الدساتير المختلفة مؤكدة بذلك الاعتقاد فى وجود قانون طبيعي خالد مشترك يسمو على القـانون ، ويجعل من حقوق الأفراد الطبيعية التزامات وقيودا على سلطان المشرعين ·

ولقد تجاوب الفيلسوف كانت (Kant) مع الثورة الفرنسية ومع المعتقدات التى مهدت ووطأت لها · فنجد عنده التفرقة التقليدية بين القانون الطبيعي والقانون الوضعى(١) · ومرد فلسفته القـانونية أن للانسان قيمة ذاتيـة مطلقة اذ هو غاية فى ذاته وليس وسيلة لتحـكم ارادة من الارادات كارادة الدولة أو ارادة المشرع(٢) · فالانسان هو الذى يضع قانونه بنفسه أى بعقله ، وهذا العقل بوصفه واحدا عند كل الناس ، أى مشتركا بين أفراد النوع الانسـانى يستخلص قواعد عاليـة ثابتة لحكم سلوك الانسـان فى المجتمع · هذه القواعد تستمد من الصفة العـالمية الثابتة التى تخلعها عليهـا وحدة العقل الانسانى قيمة سامية مطلقة تفرضهـا على مختلف الارادات ، تتقيد بهـا ارادة المشرع فيما يستن من قواعد وضعية · وينتهى « كانت » بهذا المنطق الى اعطاء القانون الطبيعى صفة عقلية بحتة(٣) ·

وكذلك يمكن هذا النظر للنزعة الفردية التى أبرزتها الثورة الفرنسية فيما أعلنت من حقوق الانسان ، اذ يركز القـانون فى الفرد الانسانى يعمل على كفالة تمتعه بحقوقه الطبيعية وفى طليعتهـا الحرية ، وهو أمام حريات الأفراد المتعارضة يعمد الى أن يقيم بينهـا من التوازن ما يمكن كل فرد من استعمال حريته دون أن يطغى بذلك على حريات الآخرين(٤) ·

فالاعتقاد اذن فى وجود قانون طبيعي يكون بمثابة تقنين نموذجى يحكم القانون الوضعى بما يتضمن من قواعد ثابتة خالدة يستخلصها العقـل من

---

(١) Du Pasquier, op. cit., No. 236.

(٢) Beudant, op. cit., No. 87, p. 138.

(٣) Del Vecchio, op. cit., p. 111.

(٤) Del Vecchio, op. cit., p. 119.

طبيعة الانســـان . كان هو الاعتقاد السائد في القرن الثــامن عشر ٠ ثم أسبغت الثورة الفرنسية صفة رسمية على هـــذا الاعتقاد باعلانها ما ســمته حقوق الانسان . كمــا مكنت لــا يتضمنه ـ في تصور وظيفة القانون ـ من نزعة فردية ٠

وفي ظل هذا الاعتقاد ـ الاعتقــاد في وجود قانون طبيعي يســمو على القوانين الوضــعية ، والاعتقاد في سلطان العقل الذى يستخلصه ـ شــهد مفتتح القرن التاســع عشر واضعي تقنين « نابليون » ـ وهو التقنين المدنى الفرنسى ـ يصـــدرون مشروع تقنينهم بالنص على أنه « يوجد قانون عالمى ثابت هو مصدر كل القوانين الوضعية . ليس هو الا العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل شعوب الأرض » ٠ وهذا النص ، وان لم يتح له أن يظهر في التقنين اذ حذف عند مناقشـــة المشرع ، الا أن ذلك لم يكن انكارا لمضمونه ـ اذ الاعتقاد في وجود القانون الطبيعي كان ينزل حينئذ من النفوس منزلة الايمان ـ وانما كان تسليما بأن النصوص التشريعية الوضعية ليست محلا لاعلان المبادىء الفلسفية(١) ٠

٦٠ ـ مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعه في القرن التاسع عشر

غير أن مذهب القانون الطبيعي لقى محاربة شديدة طوال القرن التاسع عشر . شككت في صحته ، وقللت من أنصاره في الفقه . فراجت على حسابه طوال هذا القرن مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القــانون أو شرعيته الى مثل أعلى ٠ وتركز الهجوم على مذهب القانون الطبيعي فيما يدعيه من صفة خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ، وفيما يلازمه من نزعة فردية واضحة ٠

وقد تكفل المذهب التاريخي ـ على ما سيرد البيان ـ بمحاولة تقويض فكرة الخلود والثبات التى يتميز بها القانون الطبيعي في منطق أنصاره ٠فانكر هذا المذهب أن يكون القانون وليد ارادة من الارادات كارادة المشرع ، أو أن

---

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I. No. 25.

يكون وليد العقـــل البشرى يستقل بتكوينه وانشائه ، اذ هو وليـــد البيئة الاجتماعية وحدها . والبيئة الاجتماعية متغيرة متطورة في الزمان والمكان . ومن هنا لم يكن من المعقول ولا من المتصور أن يثبت القانون على حال واحدة . بل هو مختلف دائما بحسب المكان من مجتمع الى آخر اذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع . وهو متطور دائما في الزمان تطورا لا يفتعله الانسان أو يخلقه بعقله أو يدفعه بارادته . وانما تطوره تطور ذاتي أو تلقائي يتسلسل في حلقة من حلقات التاريخ تسلسلا لا اراديا .

ولسنا نعرض الآن لصحة الاساس الذي يقوم عليه المذهب التاريخي ، فذلك موضعه عند الكلام في تفصيل هذا المذهب . ولكننا نجتزىء بالاشـــارة الى أن هذا المذهب قد أتيح له من النجـــاح طوال القرن التاسع عشر ــ في ألمـــانيا حيث ظهر . وفي فرنسا حيث لم يعدم الأنصار ــ ما أفقد الثقـــة في مذهب القانون الطبيعي ، وأوهن من الاعتقاد في وجود قانون تجتمع له صفة الخلود والثبات على اختلاف الزمان والمجتمعات .

وكذلك فقد هوجمت النزعة الفردية التي لازمت مذهب القانون الطبيعي طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، والتي تأكدت رسميا على عهـــد الثورة الفرنسية ووجدت طريقها الى أكثر نصوص تقنين « نابليون » .

فوقف فقهاء كثيرون ضد هذه النزعة المسرفة التي ترى المجتمع مخلوقا لخدمة الفرد ، وليس الفرد هو المخلوق لخدمة المجتمـــع ، فتركز القـــانون ــ استخراجا من ذلك ــ في الفرد ، حتى لتقصر دوره على كفالة حريته وتمكينه من التمتع بما سمي الحقوق الطبيعية للانسان . وأدت مهاجمة النزعة الفردية في القانون الى مهاجمة فكرة القـــانون الطبيعي بدورها باعتبار ما رسخ في الاذهان من اقتران بين وجود القانون الطبيعي وبين النزعة الفردية . ولسنا الآن في مجال استقصاء صحة هذا الاقتران ، ولـــكن يعنينا أن هذا الاقتران كان ماثلا في كثير من الاذهان مما خلق من أعداء النزعة الفردية أعـــداء ألداء لفكرة القانون الطبيعي ، فخسرت هذه الفكرة ولم تكسب من وصفها بالدعوة الى نزعة فردية .

٦١ - حركة احياء القانون الطبيعي

غير أن فكرة القانون الطبيعي وان هجرت أو كادت طوال القرن التاسع عشر ، فقد أتيح لها - في أواخر هذا القرن ومطلع القرن العشرين - أن تجد من الفقهاء من يلتمس لها البعث والنشور ، ومن يقوم على احيائها مبرأة مما أثار عنها الهجوم ومكن منها الخصوم • وقد توزع أنصار القانون الطبيعي - في سبيل هذا الاحياء - بين طريقين : الاول هو القصد في خلع صفة الخلود والثبات على القانون الطبيعي ، وهذا هو مذهب الفقيه الألماني « ستاملر » Stammler فيما سماه بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير • والثاني هو قصر وظيفة القانون الطبيعي على القيادة الموجهة الملهمة بقلة من مبادىء العدل المثالية ، دون النزول به الى التطبيق العملي وما يفرضه من تنظيم تفصيلي . وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء منذ مطلع القرن الحالي •

(١) القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير(١) :

أما القصد في خلع صفة الخلود والثبات عن القانون الطبيعي . فقد دعا اليه منطق المذهب التاريخي في تطور القانون . فكان لابد من الجمع والملاءمة بين فكرة الخلود والتطور حتى يخلص مذهب القانون الطبيعي من التناقض الذي رماه به مذهب التطور التاريخي • وقد قدر للفقيه الألماني « ستاملر » أن يقوم بالجمع بين الخلود والتطور في فكرة القانون الطبيعي ، فيما سماه بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير Le droit naturel à contenu variable واعتنق فكرته بعض الفقهاء الفرنسيين وكان أبرزهم « سالي » (Saleilles) •

---

(١) راجع في ذلك :

Ginsberg, La philosophie du droit de Rudolf Stammler, Arch de phil. du droit. 1932. Nos. 3 - 4, pp. 564 - 574. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 98 . 114. — Charmont, op. cit., pp. 170 - 176. -- Del Vecchio, op. cit., pp. 209 - 210. — Rommen, op. cit., pp. 166 - 168. — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 151, 153. — Friedmann, pp. 87 - 95. — Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, No. 71. — Saleilles, article précité, pp. 96 - 99.

وجوهر القانون - في هذا النظر - هو مثل أعلى للعدل ، خالد متغير على السواء : فهو خالد في فكرته ، متغير في مضمونه ، أي أن صفة الخلود دائما تلحق فكرة العدل في ذاتها . أما مضمون هذه الفكرة وطريق تحقيقها ، فرهن بظروف الحياة في كل مجتمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل . فالذي لا يتغير هو وجود عدل ينبغي تحقيقه . ذلك أن فكرة التمييز بين العدل والظلم واقامة القواعد القانونية على أساس من العدل ، قد وجدت دائما في ضمير الانسان منذ الأزل ، وستظل موجودة فيه الى الابد . أما كيفية التمييز بين العدل والظلم ، واسباغ صفة العدل على بعض النظم أو على سلوك معين ، فأمر لا يلحقه خلود أو ثبات ، لأنه صادر عن التفاعل الحاصل بين بيئة كل مجتمع والتصوير السائد فيه لفكرة العدل . فما يعتبر عدلا في جماعة قد يعتبر ظلما في جماعة أخرى ، وما كان قانونيا في جماعة باعتباره العدل قد يصبح - مع تقدم الزمان - غير مشروع ، اذ تنتهي الجماعة الى تصوره كظلم ينبغي رفعه . وليس يطعن هذا التباين في وجود فكرة العدل ذاتها ، وخلود هذه الفكرة عند كل الجماعات . فثمة شيء يبقى خالدا دائما في ضمير الانسان - على اختلاف البيئة وتعاقب الزمان - هو حنينه الى العدل ، وتصوره للقانون واحترامه له على أساس أنه اقامة للعدل(١) .

ولكن فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير تعرضت للنقد من حيث أنها فكرة متناقضة ، اذ المثل الأعلى بطبيعته ثابت خالد ، وهذه الفكرة تجعل منه مثلا خاصا بكل جماعة وفقا لتصويرها الخاص لفكرة العدل . وهو ما يؤدي الى أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتي أو موضوعي يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان ، فيصبح الأمر الواحد عدلا في مكان أو عصر معين ، وظلما في مكان آخر أو عصر سابق أو لاحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به . فلئن كان الرق مشروعا عند الجماعات الأولى طبقا لتصورها لفكرة العدل ، الا أن ذلك لا يعني أنه لذلك

---

(١) Roubier, op. cit., No. 16, p. 152.

كان نظاما عادلا · فلنعدل حقيقة في ذاته ، وهي لذلك حقيقة واحدة خالدة لا تتغير في زمان أو مكان · والرق في حكم هذه الحقيقة نظام ظالم دائما في أي زمان ومكان وجد ·

(٢) القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل :

وأما الارتفاع بالقانون الطبيعي الى مجرد القيادة الروحية الموجهة ، فقد دعا اليه ما كان من اسراف أنصار فكرة القانون الطبيعي في القرن الثامن عشر في اعتبارهم أن هـــذه الفكرة انما تعبر عن وجـود قانون مثالي نموذجي . يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولا عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحيـاة الاجتماعية في دقائقها وجزئياتها · فمثل هذا الاتجاه لا يحتاج الى تدليل على بطلانه وتناقضه : فالواقع يكذبه ، والمنطق ينقضه . اذ أن مشاكل الحيـــاة الاجتماعية لا تعرض دائما بنفس الصورة في كل الجماعات . حتى يمكن الادعاء بوجود قانون مثالي ، يضع لكل هذه المشاكل قواعد واحدة مشتركة ، تكون ثابتة خالدة لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان ·

من أجل ذلك اتجهت حركة احياء مذهب القـــانون الطبيعي في مطلع القرن الحالي الى العـدول عن هذا الشطط المسرف في تصور فكرة القـانون الطبيعي فقصرتها على بضعة مبادىء مثالية ، ثابتة خالدة ، تمثل الحد الأدنى للمثل الأعلى للعدل · وبذلك تتحدد وظيفة القانون الطبيعي ، فهو لا يضــع حلولا عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، ولـكنه يكتفي بالتوجيـه الى الحلول العمليـة التي تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحيـاة الاجتماعية ، فهي في جوهرها موافقة للقـــانون الطبيعي ، أي ترد في مجموعهـــا الى المثل الأعلى للعدل ، ذلك المثل الذي له من وجوده الذاتي ما يجعله خالدا ثابتا ، لا يتغير بتغير الزمان ولا بتغير المكان · فالقوانين الوضعية المختلفـــة انما تنتهي في جوهرها الى تلك الأصول العـامة للعدل التي تكون القانون الطبيعي ، كمـا تنتهي السفن القادمة من مختلف الاتجاهات الى ميناء واحد مسترشدة بمـــا يبعث اليها مناره من أضواء ·

ففكرة القـانون الطبيعي انتهت اذن الى أن تعبر عن الدستور المثـــالي

للعدل الذي ينبغي أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية المختلفة . وهو دستور لا ينزل الى التفصيل والتفريع ، وانما يقتصر على التوجيه والالهام بما يتضمن من أصول عامة وموجهات مثالية لفكرة العدل(١) ، لا تصلح بذاتها للتطبيق العملي – كمبدأ ايتاء كل ذى حق حقه ، ومبدأ عدم الاضرار بالغير عن خطأ ، ومبدأ عدم الاثراء على حساب الغير دون سبب مشروع – وانما تستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضع من نظام للمجتمع حتى يخرج نظاما عادلا كما يستهدى الملاح بالبوصلة فيما يسلك من طريق حتى يقع على الطريق المأمونة الموصلة الى الغاية . فالقانون الطبيعي فى معناه الحديث اذن هو عبارة عن تلك الاصول والموجهات العامة للعدل التى تعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانونى .

٦٢ – القانون الطبيعي والقانون الوضعي

يخلص من كل ما تقدم أن فكرة القانون الطبيعي مرت بمراحل متعددة ، فلم يثبت مضمونها على حال واحدة ، ولكنها انتهت الى أن تعبر عن الموجهات المثالية للعدل ، التى لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان .

وهذه الفكرة – فى صورتها الاخيرة – تعبر عن حقيقة ينبغي التسليم بها ، وهى ضرورة وجود موجه للارادة الانسانية ، فتلك الارادة أعجز عن الاكتفاء بنفسها والاستغناء عن موجه مثالى تستهديه وتستلهمه ، يتمثل فى مثل أعلى للعدل . وهو مثل ما ونيت الانسانية ولن تنى أبدا عن التطلع اليه والسعي الى تحقيقه .

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Capitant op. cit., No. 9. — Colin, Capitant et De la Morandière, op. cit., t. I, No. 3. — De la Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 73. Beudant, op. cit., Nos. 21 - 23 — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 150, 151. Le Fur, Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, No. 3 - 4, pp. 19 - 21.

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٦ . – عبدالفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٣١ .

والقانون الطبيعي على هذا الوضع - أى باعتباره موجها مثاليا للعدل - انما يفرض نفسه على ارادة المشرع والدولة • فليست الدولة حرة فى وضع القواعد القانونية على هواها • وانما هى تلتزم باحترام هذا الموجه المثالى ، لأنها ليست الا خادمة لفكرة العدل • ومن هنا كان المثل الأعلى للعدل هو جوهر القانون ، والقوة التى تفرض احترامه على الناس • فالقانون الوضعى ينبغى أن يطاع لا لأنه هو القانون الذى وضعته الدولة أو استنته الجماعة ، ولا لأنه هو القانون الذى ترصد الدولة على كفالة احترامه ما تملك من قوى مادية باطشة ولكن لأنه هو القانون العدل أى الذى يحقق المثل الأعلى للعدل•

غير أن القانون الطبيعي لا تقتصر وظيفته على الهام المشرع أو القانون الوضعي وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية ، وانما تمتد هذه الوظيفة وتنبسط ، اذ يبقى القانون الطبيعي هو الملاذ الذى يلجأ اليه القاضى ان التمس الحل فى قواعد القانون الوضعى فأعوزه • فهو يوجه القاضى - كما وجه المشرع أو القانون الوضعى - الى جوهر القانون ، أى الى العدل الذى ينبغى أن يسود • وهو بذلك يمنع القاضى - كما منع المشرع أو القانون الوضعى - من التحكم والقضاء بغير العدل . فيحفظ على القانون جوهره باعتباره مقيم العدل •

وقد نبهت تشريعات كثيرة الى ما لفكرة القانون الطبيعي من أثر وخطر باعتبارها تتضمن توجيها للقاضى الى المثل الأعلى للعدل يستلهمه فيما تقصر عن تناوله قواعد القانون الوضعى • ومن ذلك نص المادة الأولى (فقرة ثانية) من التقنين المدنى المصرى الحالى الذى يقضى بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف • فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية • فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » •

وليس هنا مجال تفصيل القول بشأن استلهام القاضى للقانون الطبيعي ، فذلك أمر يتعلق بتطبيق القانون ، ونحن نبحث الآن فى تكوينه • ودور القانون الطبيعي فى هذا التكوين - كما أوضحنا - هو دور الموجه والملهم بما يتضمن من أصول مثالية للعدل • ولعل التعبير عن هذه الأصول

باصطلاح « القانون الطبيعى » كان من العوامل التى ساعدت على مهاجمة الفكرة التى تريد التعبير عنها من وجود مثل أعلى للتنظيم القانونى ينبغى استلهامه فيدخل بذلك فى تكوين القواعد القانونية · ومن هنا قد يكون من الأوضح أن نستبدل باصطلاح « القانون الطبيعى » اصطلاح « المثل الأعلى للعدل » أو « موجهات العدل المثالية » ·

وأيا كان الأمر ، فالقانون الطبيعى – أى المثل الأعلى للعدل أو موجهات العدل المثالية – يبقى اذن فى منطق هذا المذهب هو أساس القانون الوضعى وجوهره : اذ هو الملهم بقواعده عند تكوينها من ناحية ، وهو المكمل لما قد يظهر – عند التطبيق – من قصورها ونقصها من ناحية أخرى ·

غير أن الاقتصار على المثل الأعلى للعدل باعتباره العنصر الوحيد المكون لجوهر القانون انما يبصر بشطر من الحقيقة دون الشطر الآخر ، اذ يبقى عنصر آخر هو عنصر الواقع من الحياة الاجتماعية · وقد بصرت بهذا العنصر المدرسة الواقعية · لكنها اندفعت الى مثل الاسراف الذى اندفعت اليه المدرسة المثالية ولكن فى اتجاه مضاد ، فجعلت منه جوهر القانون على ما سنعرضه الآن ·

الفصل الثانى

المدرســة الواقعيــة

L'Ecole réaliste ou positiviste

٦٣ ـ تمهيــــد

سادت المدرسة المثالية حتى أواخر القرن الثــامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر . فكان الاعتقاد السائد عن جوهر القانون حتى ذلك الحين أنه مثل أعلى لنعدل يستخلصه العقــل ٠ وهذا المثل الأعلى ـ فى منطق تلك المدرسة ـ هو الذى يسبغ على القانون صفة الشرعية التى تخلق طاعته فى النفوس اختيارا بما يحمل من عدل وخير ٠ وهو الذى يحل الالتجاء الى القوة فى سبيل أخذ المخالفين والمناقضين باحترام أحكامه ، اذ العــدل دون قوة تسنده عدل أعرج ، فلا تثريب على قوة تكفل اقامته واقراره اذ ترتفع بذلك عن أن تكون قوة عمياء تبطش لتكون قوة بصيرة تعدل ٠ فالمثل الأعلى عنــد المدرسة المثالية اذن انما يمكن للقانون كسلطان عدل لا كسلطان جبر ٠

غير أن القرن التاسع عشر شهد مع تقدمه فلسفة جــديدة تطلع فتذيع وتنتشر ، تلك هى الفلسفة الواقعية ٠ وهى فلسفة تناقض الفلسفة المثالية من حيث انكارها لمــا تقوم عليه من تصور فكرى تراه هى ضربا من الحــدس والتخمين يتنزه عنه العلم بما ينبغى له من ضبط وثبات ويقين ٠ ولذلك فهى لا تؤمن الا بالواقع المحســوس الملموس الذى نسجله المشــاهدة وتؤيده التجربة ، فكل معرفة عندها لا تقوم على الواقع ولا تؤكدها مشاهدة أو تجربة معرفة حدسية لا يقينية ، وهى بهــذا الوصف لا تعد معرفة علميــة بالمعنى الصحيح ٠ وقد أريد لهذه الفلسفة الواقعية أن تنتظم الآفاق جميعا ، ما يقبل نهجها وما يستعصى عليه على السواء ٠ فنفذت الى القانون تريد أن تخضعه

والنصرف في الحيـــاة الاجتماعيــة ، ينبغي التزامهــا اذا أريد عــدم التعرض لاستنكار الناس(١) ٠

وقد يرتفع الاصـــل الاقتصـادى أو الأصل الاخلاقى الى مرتبة الأصل القــانونى (norme juridique) ، فيتخذ الجزاء على مخالفته صورة الاجبار الاجتماعى عن طريق استخدام القوى المنظمة التى تحتكرها الحكـومات اليوم فى الدول الحديثة باعتبارها سلطة الاجبار فى الجماعة ٠

ولكن متى يرتفع الاصل الاقتصادى أو الأخـــلاقى الى مرتبة الأصـــل القانونى الذى نكفل احترامه قوة الاجبار الاجتماعى ؟ ٠ لا يسلم « ديجى » بأن الاصل يصبح قانونيا لمجرد ترتب اجبار اجتماعى على مخـالفته ، والا انتهى الأمر الى أن تكون الدولة ـ وهى التى تحتكر سلطة الاجبار فى الجماعة ـ هى التى تخلق القانون ، مما يجعل القوة هى أساس القانون ، وهــو ما لا يمكن تبريره ٠ ولكنه يرى أن الأصل يصبح قانونيا عندما تدرك كتلة الأفراد المكونين للجمـــاعة أن احترامه ضرورى لحفظ التضامن الاجتماعى ، وان كفالة هــذا الاحترام تقتضى استخدام قوة الاجبار الاجتماعى(٢) ٠ أى أن معيار الأصل القانونى أو أساس القاعدة القانونية كان عند « ديجى » هو شــعور جمهور الأفراد بالتضامن الاجتماعى ، وباختلاله ان لم نقف على كفالته قوة الجمـــاعة المادية المنظمة ٠

ثم بدا لديجى فى أواخر أيامه ـ ازاء ظهور عدم كفاية شعور التضامن كأساس للقاعدة القانونية ـ أن يعززه بأساس ثان هو شعور العدل ٠ وهو يحرص على التنبيه الى أنه لا يقصد بهذا الشعور الأخـير التعبير عن مبدأ أو مثل أعلى للعدل أو عن فكرة العدل فى ذاتهـــا ـ فذلك ضرب من المسلمات الأولية التى يطرحها ـ وانما يقصد به ذلك الشعور المبهم ـفىقليل أوكثير ـ لدى جمهرة الأفراد فى المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل(٣) ٠

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 8, pp. 89 - 91.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 8, pp. 93 - 94.

(٣) Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 119.

فانه ان يكن لدى الفرد شعور بالتضامن مع غيره من الافراد ، فذلك لانه كائن اجتماعي . ولكنه في ذات الوقت كائن فردي ، عنده شعور أناني أي شعور بنفسه وبأنه فرد له قدر من التفرد والاستقلال ، وذلك يوجد عنده شعور العدل ، وهو شعور خاص بالطبيعة الانسانية لا فكرة عقلية مطلقة يستخلصها العقل . ذلك أن شعور كل فرد بكيانه المستقل عن سائر الأفراد وبحقوقه التي يختص بها وحده دونهم ، يلزم كلا منهم باحترام كيان الآخرين وحقوقهم الخاصة وعدم الاعتداء عليها(١) .

فنشاط الانسان اذن محكوم دائما بشعوره المزدوج بصفته الاجتماعية التي تولد عنده شعور التضامن ، وبصفته الفردية التي تولد عنده شعور العدل . ومن هنا ، كان أساس القاعدة القانونية - فيما ينتهي اليه « ديجي » - أساسا مزدوجا يقوم على عنصرين : الاول هو « شعور الاجتماعية أو شعور التضامن (Sentiment de la socialité ou de la solidarité) والثاني هو « شعور العدل » (Sentiment de la justice) (٢) . وبذلك يتوافر للقاعدة القانونية الأساس الواقعي المستمد من المشاهدة والتجربة ، بدلا من الأساس التقليدي الذي يقوم على مجرد التصور والتفكير فيفرض بضعة من المبادئ أو المثل العليا كمسلمات أولية .

فالقاعدة القانونية اذن عند « ديجي » ليست هي القاعدة التي توضع بالتطبيق لأصل أو مثل أعلى ، كما يدعي مذهب القانون الطبيعي . ولا تلك القاعدة التي يقوم على كفالة احترامها اجبار الدولة فعلا ، كما تدعي المذاهب التي تعقد القانون بمشيئة الدولة ، ولكنها هي تلك القاعدة التي يشعر جمهور الأفراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعي ، وأن من العدل تسخير قوة الاجبار في الجماعة لكفالة احترامها(٣) .

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 11, pp. 120, 121.

(٢) Duguit, op. cit., No. 11, pp. 124, 125.

(٣) Duguit, op. cit., No. 12, pp. 127, 128.

فيرتبط فيها الحاضر بالماضي ، ويمهد الحاضر للمستقبل • ومن هنـــا لم يكن القانون ثمرة جيل بعينه من أجيال الجماعة ، وانما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة . وامتداد لماضيهـا وتسلسل لتراثها • فهو يتكون من عمـــل صامت مستمر جماعي يساير ركب الجماعة على الزمن ، كما يأخذ عنها طبيعتها وصفاتها الخاصة المتسلسلة منذ الازل(١) •

وعلى هذا النحو يمكن تشبيه قانون أمة معينة بلغتها ، فهما ـ كأى مظهر من مظاهر نشاط الامة ـ يخضعان لظاهرة التطور المساير لتطور الأمة نفسها• فالامة تخلق قانونها كما تخلق لغتها بنفسها ، وتقاليدها ـ التى هى الميراث من تركة الأجيال المتصلة المتعاقبة ـ هى التى تسهر على حفظ القـانون كما تسهر على حفظ اللغة ، وتشد القانون ـ كما تشد اللغة ـ فى تطورها الى عربة الماضى حتى لا يوجد فراغ أو توقف يهدد سير الأمة نحو التقدم(٢) •

فالقانون عند المذهب التاريخى اذن انما ينبعث من جهد جماعى مشترك متصل ، تسهم فيه أجيال الأمة المتعـاقبة ، وهو بذلك يكتسب صفة قومية وطنية خاصة تفرقه عن قوانين الأمم الاخرى ، لأنه انما يتولد من الضمـــير الجمـاعى (La conscience collective) لكل أمة نتيجة ما يتفاعل ويرسب فيه على مر الزمان من حاجات هذه الأمة وطبيعتها ونزعاتها وميولها الخاصة • فهو يخضع فى تكوينـه ونموه اذن لتلك القوى الصامتة الخفية غـــير الواعية التى تعمل وتتفاعل فى الضمير الجمـاعى لكل أمة ، ويتكون تكوينا ذاتيا آليا لا تفتعله ارادة انسانية أو تحوله عن طريقه المرسوم(٣) •

ومن هنا كان العرف ـ فى منطق هذا المذهب ـ هو الشكل الأكمـــل والأصدق للقانون ، لأنه تعبير مباشر آلى عن الضمير الجماعى الوطنى ، وهو بذلك يفضل التشريع الذى يقتصر على أن يكون مجرد تعبير غير مباشر عن هذا الضمير • فدور المشرع اذن ليس هو خلق القانون ـ فالقانون يخلق نفسه ـ

---

(١) Charmont, op. cit., p. 80. — Roubier op. cit., No. 13, p. 110.

(٢) Roubier op. cit., No. 13, p. 109.

(٣) Capitant, op. cit., No. 6. — Roubier op. cit., No. 13, p. 110.

وانما لا يعدو دوره مجرد تسجيل مضمون الضمير الجماعي وتطوره على مر الزمن(١) ، دون أن يمد اليه بتعديل أو تغيير . ومن هنا ، جاء عداء هذا المذهب للتشريع بوجه عام وللتقنين بوجه خاص . حيث تقوم الخشية من أن يقف التشريع أو التقنين التطور التلقائي والجاري للقانون . بتثبيت قواعده في نصوص جامدة(٢) .

٦٦ - نقد المذهب التاريخي

تلك نظرة موجزة في بيان الأسس التي قام عليها المذهب التاريخي والتعاليم التي يدعو اليها . وليس في الوسع انكار ما كان لهذا المذهب من فضل في وصول القانون بالبيئة التي يحكمها وبالجماعة التي يتوجه الى تنظيم الأمر فيها وصلا غفل عنه مذهب القانون الطبيعي مما ارتفع به عن واقع الحياة وأسبغ عليه صفة تفكيرية عقلية محضة . وبذلك أسهم المذهب التاريخي بنصيب موفور في بيان الصفة الاجتماعية للقانون مما يفسر خضوعه لظاهرة التطور(٣) .

ولكن هذا المذهب أسرف في ربط القانون بالجماعة اسرافا جعل من القانون مجرد نتاج آلي ذاتي يخرج مما سماه بالضمير الجماعي ، أي من تلك القوى غير الواعية المستكنة في روح الجماعة ، فأغفل بذلك دور الانسان ونشاطه الواعي وقدرته الارادية في تكوين القانون .

ولئن كان من غير المنكور أثر البيئة وظروف الجماعة في تكوين القانون الا أنه ينبغي عدم الاقتصار على رد جوهر القانون الى ذلك وحده ، اذ من فوق عوامل الواقع الاجتماعي ، يوجد وعي الانسان وعقله ، وهو ما يبصر بالغاية التي يجب على القانون استهدافها استيحاء من مثل أعلى يتمثله ويجتهد في ترسمه . فالقانون - ليس كاللغة - عملا آليا يولد دون جهد أو توجيه ، بل هو عمل يقوم العقل الانساني - بما يستخلصه من مثل عليا - على توجيهه وتسييره تسييرا واعيا بما يلائم ظروف البيئة والجماعة .

---

(١) Saleilles, article précité, p. 83.

(٢) Del Vecchio, op. cit., p. 138.

(٣) Capitant, op. cit., No. 6. — Del Vecchio, op. cit., p. 139.

فمن الخطأ اذن ما يندفع اليه هــذا المذهب من قصر النظر - فى تعرف جوهر القانون - على ناحيـــة دون أخرى ، ممـا يحصره فى نطـاق الواقع الاجتمـاعى المحض الذى يخضـــع لسنة التطور التاريخى الآلى ، دون بصر بحقيقة دور الارادة الواعية والعقل الانسانى فى تكوينه(١) .

وكذلك فان هذا المذهب باغفاله كل جهد للانسان فى تكوين القانون ، وقصره عمل المشرع على مجرد تسجيل ما يتولد من الضمير الجماعى - باعتبار أنه يصدر عن هذا الضمير صدورا ذاتيا آليا - يقوده الى نوع من الجبرية أو القدرية التى تقعد بالهمم عن الاسراع فى تطوير القانون ، ودفعه فى سبيل التقـــدم والرقى(٢) . فيمسك الأفراد وقوفا مكتوفى الأيدى انتظارا للتطور المحتوم - الذى يجود به الزمن فى صمت وبطء اذا بلغ الضمير الجماعى الأجل المعلوم ، فاكتملت له محتمات هذا التطور - لا يملكون له تحويلا ولا تعجيلا . فكأن القانون يمضى - دون وعى أو شعور - الى مستقر له مجهول ، ويندفع معصوب العينين اندفاعا ذاتيا الى غير غاية أو هدف معلوم . وفى ذلك ما فيه من انكار لطبيعة القانون ، واخضاعه لقواعد السببية ، التى تحكم الظواهر الطبيعية . والقـــانون - كما سبق البيـــان - ليس من العلوم الطبيعية أو التقريرية حتى تصـــدق فى حقه قواعد السببية ولكنه من العلوم أو النظم التقويمية التى تفترض غـــاية معينة محددة تستهدفهـا الارادة الانسـانية الواعية ، مما ينسح تقويم سلوك الأفراد وفقها والزامهم بالعمل على ادراكها .

وقد أثارت هذه النتائج التى ينتهى اليها المذهب التاريخى الفقيه الألمانى اهرنج (Jhering) ، ودفعته - وقد كان من أنصـــار هـــذا المذهب - الى مهاجمته وتأسيس مذهب جديد عرف باسم **مذهب « الكفـاح »** (Lutte) أو « **الغاية** » (But) .

وقد احتفظ فى مذهبه الجـديد هـــذا بما يعتنقه المـذهب التاريخى من

(١) Capitant, ibid. — Beudant, op. cit., No. 123 — Roubier, op. cit., No. 13, p. 111.

(٢) Roubier, op. cit., No. 13, p. 112. — Del Vecchio, op. cit, p. 139.

خضوع القانون لظاهرة التطور . ولكنه رد هذا التطور الى الارادة الانسانية العاقلة الواعية ، لا الى تلك القوى الخفية اللاشعورية التى تتفاعل فى ضمير الجماعة • فالقانون عنده ليس من الظواهر الطبيعية أو المادية حتى يخضع لقانون السببية ولكنه يبتغى غاية معينة يسعى الى تحقيقها • ومن هنا لم يكن تطوره تطورا أعمى يندفع على غير هدى ، ولكنه تطور يندفع عن بصيرة واعية نحو تلك الغاية •

فالقانون اذن هو وسيلة مبصرة لادراك غاية معينة هى حفظ المجتمع ، وهذه الوسيلة تتحكم فيها وفى تكييفها ـ بما يكفل ادراك هذه الغاية ـ ارادة الانسان الواعية • والقانون على هذا النحو ليس وليد البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آليا ـ كما يدعى المذهب التاريخى ـ ولكنه وليد الارادة الانسانية يصدر ويتطور عن وعى وادراك(١) •

وما دام القانون لا يتطور آليا ، ولكنه يتطور بفعل الارادة الانسانية ، فتطوره لا يتم غالبا فى يسر أو لين ، اذ يقوم التنازع بين أصحاب المصالح المتعارضة فى بقاء القانون وتطوره ويتوسل كل فريق بالكفاح لترجيح كفته ، فيرتهن تطور القانون اذن بنتيجة الكفاح والصراع ، والتاريخ حافل بأمثلة الثورات والكفاح المرير فى سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها(٢) •

وأيا كان الرأى فى مذهب اهرنج ، واسرافه فى تحكيم الارادة الانسانية وحدها فى تكوين القانون وتطويره ، وتعليق ذلك على الكفاح الذى ترتهن نتيجته بالقوة لا بالعقل ، فقد كان له فضل التنبيه الى أخطاء المذهب التاريخى فى رد نشأة القانون ونموه الى حركة آلية لاشعورية ، وتصور القانون مندفعا فى تطوره الى غير غاية معلومة •

غير أن المآخذ على المذهب التاريخى لا تقف عند هذا المدى • فيبقى أنه

(١) Charmont, op. cit., p. 89. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 111, 112.

(٢) Jhering, Lutte pour le droit cité par Charmont, op. cit., p. 86.

يدعو الى نوع من الوطنية القانونية ، اذ يرى القانون وليد الروح الشعبى الجماعى بخصائصه القومية والوطنية المتراكمة على مر الزمن فى تاريخ حياة كل أمة(١) . وهو بذلك يغفل حقيقة واقعة ، هى أنه رغم اختلاف القوانين باختلاف بيئة وتراث كل أمة وجماعة ، فثمة قدر مشترك من الاسس والاصول العامة بين قوانين الامم والجماعات المختلفة مرده وحدة العقل البشرى وتشابه الطبيعة الانسانية على اختلاف الزمان والمكان ، مما يحتم رد جوهر القانون ، لا الى عوامل البيئة المحلية القومية فحسب ، ولكن كذلك الى نشاط الارادة الانسانية البصيرة الواعية .

وفضلا عن ذلك فقد نقضت التجربة دعوى طبع القانون بطابع وطنى بحت يربطه بخصائص الأمة وتاريخها . فثمة أمم ضربت صفحا عن عوامل بيئتها ، وما ثبت من تقاليدها وتاريخها ، ونقلت عن غيرها من الأمم المختلفة فى البيئة والتقاليد قوانينها الخاصة ، فما وقف هذا النقل عقبة فى سبيل نجاح تطبيق تلك القوانين فى غير بيئتها . ولعل خير شاهد على فساد دعوى الوطنية القانونية التوفيق الذى صاحب تطبيق نصوص القانون المدنى السويسرى فى تركيا عقب الثورة الكمالية . والنجاح الذى صادفه فى مصر - منذ الربع الأخير من القرن الماضى - تطبيق التقنينات المختلطة والأهلية المنقولة نقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنينات الفرنسية فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، رغم انقطاع الصلة فى البيئة والتقاليد والتاريخ بين هذه الدول .

وأما نظرة المذهب التاريخى الى العرف باعتباره الشكل الأمثل الذى يصدر به القانون ، فمجاراة منه لمنطقه فى نشوء القانون وتولده من الضمير الجماعى اللاشعورى ، وهو ما سبق تفنيده . هذا فضلا عن أن تلك النظرة الى العرف - ان صحت فى عصور الانسانية الأولى حيث يكاد يتكون القانون تكوينا آليا - فهى لا تصدق اليوم فى شأن المجتمعات الحديثة التى قطعت من

---

(١) Roubier, op. cit., No. 13, p. 112.

الحضارة شوطا غير يسير ، حتى تعددت فيها الحاجات وتعارضت المصالح ، مما حتم تدخل الارادة الواعية العاقلة ـ بنصيب موفور ـ فى تسيير القانون ، وتخير أصلح الوسائل وأقربها الى تحقيق الغاية منه ، حتى غدا التشريع اليوم ـ فى أغلب الدول ـ هو الشكل الاهم والأمثل للتعبير عن القواعد القانونية ، لا كمجرد آلة عمياء لتسجيل تكون القانون وتطوره الآلى ، ولكن كارادة بصيرة قادرة موجهة ، تهيمن على مصائر القانون فى حدود غايته المرسومة ، وتدفعه خطوات الى الأمام فى سبيل التطور والتقدم(١) .

وأيا ما كان الأمر . فقد أتيح للمذهب التاريخى الذيوع والانتشار فى القرن التاسع عشر ، ثم توالت عليه الهجمات منذ مهاجمة « اهرنج » له . حتى غدا اليوم فى الفقه مزعزع البنيان قليل الأنصار ، وان بقيت من تعاليمه حقيقة ارتباط القانون بالبيئة التى ينشأ فيها ، ولكن كعنصر من العناصر المكونة لجوهر القانون ، لا كعنصره الوحيد .

المبحث الثانى

مذهب التضامن الاجتماعى(٢)

Le Doctrine de la Solidarité Sociale

٦٧ ـ تمهيد

قلنا ان القرن التاسع عشر شهد مطلع فلسفة جديدة هى الفلسفة الواقعية ، حاولت أن تنفذ الى كل الآفاق . فتخضع لنهجها كل معرفة

---

(١) Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 139, 140.

(٢) أهم المراجع :

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., 1927, Leçons de droit public général, 1926. — Dabin. La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 31, 33 - 38. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II. Nos. 115 - 133; t. IV, pp. 159 - 213. — Le Fur, Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit, Arch. de phil. du droit, 1932, Nos. 1 - 2 pp. 175 . 212. — Kira (H.), La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1952, notamment, pp. 14 - 36. — Réglade, Théorie général du droit dans l'oeuvre de L. Duguit, Arch. de Phil. du Droit, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 21 - 67.

انسانية ، دون تفرقة بين ما تتناوله من ظواهر . طبيعية كانت أو ارادية .

وقد وجدت هـذه الفلسفة صدى لها عند فقيه من أكبر فقهاء فرنسا هو « ديجي » (Duguit) . فنزلت من نفسه منزلة العقيدة والايمان واعتنق منهاجها العلمي الواقعي الذى يقوم على المشاهدة والتجربة ، واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة . فاجتهد في اخضاع القانون لهذا المنهاج الواقعي ، وتخليصه مما يهيمن عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليها دليل مادي محسوس . وأسس ـ في سبيل ذلك ـ مذهب « التضامن الاجتماعي » .

٦٨ ـ أسس مذهب التضامن الاجتماعي

لم يفتر « ديجي » في كل آثاره ومؤلفاته ـ عن الالحاح في بيان منهاجه في البحث ، ووصفه بأنه منهاج واقعي بحت . وفي أن هذا المنهاج هو الكفيل وحده بتشييد نظرية علمية للقانون ، يختفي فيها التسليم ابتداء بأصول ومبادىء أولية تفرض فرضا أو يستخلصها جهد العقل ، دون أن يقوم عليها دليل من الواقع المشاهد المحسوس ، فذلك عنده ضرب من الخيال والأوهام وتجاوز لدائرة الواقع المعلوم حيث يسهل التثبت واليقين ، الى دائرة المجهول مما يجاوز الطبيعة والمحسوس (La Méthaphysique) حيث يستعصى الحكم الا بالفروض والظنون ، وهو ما يتنزه عنه العلم الذى يستلزم الاحكام والضبط والتحديد . فالمعرفة العلمية الصحيحة التى ينبغي أن تتوافر للقانون ـ توافرها لغيره من العلوم ـ تحتم عنده اذن عدم الاعتداد والتسليم فيه الا بما تسجله « المشاهدة » (L'observation) وتؤيده « التجربة » (L'expérience) (١) .

ولم يكن ثمة مناص من أن يتأدى اتباع هـذا النهج الواقعي البحت بديجي الى احداث انقلاب شامل في تصور القانون ، فينكر كثيرا من الأساس التى يقوم عليها القانون ، كفكرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها

(١) Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I. pp. XV. - XVIII ; Leçons de droit public général, pp. 34 - 36.

شخصية الدولة ، وفكرة السيادة ، وفكرة الأصول أو الموجهات المثالية المهيمنة على وضع القواعد القانونية . وليس يعنينا في هذا المجال أن نعرض - من ذلك كله - الا لانكار الفكرة الأخيرة ، فهذا الانكار هو الذى حدا بديجى الى اقامة القاعدة القانونية على أساس من الواقع التجريبى ، هو ظاهرة التضامن الاجتماعى .

يبدأ «ديجى» بتسجيل الحقائق الواقعية التى تقطع المشاهدة والتجربة بصحتها . وأول هذه الحقائق عنده أن الانسان كائن اجتماعى لا يملك أن يعيش الا فى المجتمع ، فلقد عاش فيه دائما ، وسيعيش فيه أبدا(١) . وثانى هذه الحقائق أن الافراد فى المجتمع تربطهم رابطة تضامن (solidarité) ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكنهم تحقيقها الا بالحياة المشتركة ، فهم مرتبطون اذن بنوع من التضامن ، هو « التضامن بالاشتراك أو التشابه » فى نفس الحاجات (solidarité par similitude) . وكذلك فمقدرتهم وكفاءتهم مختلفة ، مما يرغمهم على تبادل الخدمات فى نوع من « التضامن بتقسيم العمل » (solidarité par division du travail) (٢) .

فالانسان لا يعيش اذن الا فى مجتمع ، والمجتمع يرتبط أفراده برابطة التضامن لأنهم لا يستطيعون أن يعيشوا فيه بغير تضامن ، والتضامن لابد لتحقيقه من قواعد تنظم سلوك الأفراد وفقه .

من كل هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة تولد فكرة الأصل أو الحد الاجتماعى (norme sociale) ، الذى يوجب الامتناع عما يخل أو يضر بالتضامن الاجتماعى ، كما يوجب العمل على تحقيق هذا التضامن وتنميته . والأصل الاجتماعى قد يكون مجرد أصل اقتصادى (norme économique) حينما يحكم نشاط الأفراد المتصل بالتداول واستهلاك الثروات ، ولا يترتب على مخالفته من جزاء الا خسارة محققة فى الثروة . وقد يكون أصلا أخلاقيا (norme morale) ، يضع قواعد للآداب

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 5, pp. 65 - 66.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 7, pp. 85 - 96.

لمنطقها ونهجها ، وتطرح عنه كل تصور فكرى لا يقوم على أساس من الواقع المشاهد المجرب .

ولقد استعلنت هـذه الفلسفة الواقعية ـ بماديتها التى تجر اليها القانون ـ فى مذهبين : مذهب نبت فى ألمانيا فى النصف الأول من القرن التاسع عشر هو المذهب التاريخى ، أو كما يسميه بعض الكتاب مذهب « التطور التاريخى » ايضاحا لما يقوم عليه من فكرة تطور القانون تطورا آليا . ومذهب ظهر فى فرنسا وكثر أنصاره فى أواخر القرن الماضى والثلث الأول من القرن الحالى ، ثم فترت الحماسة له وضعف سنده فى الفقه اليوم ، هو مذهب التضامن الاجتماعى الذى يقيم القاعدة القانونية على أساس واقعى محض هو وجود تضامن بين الأفراد فى المجتمع . ونعرض فيما يلى لكل من هذين المذهبين فى مبحث على حدة ، لنرى حظ المدرسة الواقعية من تحديد جوهر القاعدة القانونية .

المبحث الأول

المذهب التاريخى(١)

L'Ecole Historique

٦٤ ـ تمهيـد

تجد ارهاصات هـذا المذهب فى فرنسا منذ القرن الثامن عشر عند الفيلسوف « منتسكيو » (Montesquieu) (٢) ، فقد أظهر أثر البيئة فى

---

(١) أهم المراجع :

Beudant, op. cit., pp. 189 - 215. — Capitant, op. cit., Nos. 5, 6. — Charmont, op. cit., pp. 77 - 96. Del Vecchio, op. cit., pp. 136 - 141. — Du Pasquier, op. cit., No. 244. — Rommen, op. cit., pp. 140 - 146. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 106 - 114. — Saleilles, article précité. — Friedmann, pp. 119 - 123.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٣٦ ـ ٣٨ .

(٢) اذ يقول : « ينبغى أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذى تخلق له ، حتى أنه ليكون محض مصادفة أن توافق قوانين أمة أمة أخرى ... فالقوانين ينبغى أن تناسب طبيعة البلاد ... ومركزها واتساعها ، ونوع الحياة التى تحياها الشعوب .. ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم » .

Monstesquieu, op. cit., Livre I, Chapler III, pp. 10 - 11.

اختلاف القوانين فى كتـــابه « روح الشرائع » • وكذلك فقد عبر الفقيـه بورتاليس (Portalis) ، أحد واضعى التقنين المدنى الفرنسى فى مفتتح القرن التاسع عشر ، عن عقيدة قام عليها المذهب التاريخى فيما بعد ، هى أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخـل من الارادة الانسانية ، حيث يقول : « تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن فهى - فى الحق - لا تصنع »(١) •

ثم خرج من هذه الارهاصات المتناثرة العابرة مذهب محدد الأسس ، واضح المعالم ، هو المعروف باسم المذهب التاريخى • وهو الذى ظهر على يد سـافينى Savigny ، حين قام يحارب فكرة الدعوة التى ظهرت فى ألمانيا عام ١٨١٤ الى تقنين القانون المدنى أسوة بما سبقت اليه فرنسا من تقنين فى هذا المجال • فناهض - فى هذا الصدد - مذهب القانون الطبيعى وما يقوم عليه من مسلمات أولية لا يتوافر عليها دليل من الواقع المادى • وأظهر أن العبرة فى القانون هى بالقواعد القانونية السائدة التى تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة فى مجتمـــع معـين • وقد دلت التجربة على أن القانون ليس واحدا ثابتا ، ولكنه متغير فى الزمان والمكان ، يخضع فى ذلك لعوامل البيئة المختلفة المتعددة ، وهو متطور تطورا موافقـــا ومسايرا لتطور البيئة نفسها ، ممـا يستعصى معه تحديده وتثبيته فى تقنين تثبيتا يفضى الى جموده وقعوده عن حركة التطور •

٦٥ - تعاليم المذهب التاريخى

القانون - فى منطق المذهب التاريخى - ليس من خلق ارادة انسانية بصيرة عاقلة ، ولا هو من وحى مثل أعلى يوجه الى ادراك غاية معينة ، ولكنه من صنع الزمن ونتاج التاريخ ، اذ هو وليد حاجة الجماعة وما يتفـــاعل فى وجدانها من عوامل •

والجماعة ليست بالوحدة الزمانية التى يحدها زمن معين أو يمثلها جيل معين ، وانما هى كالسلسلة تتدرج فى حلقاتها الأجيال وتتعاقب على مر الزمن.

---

(١) cité par Beudant, op. cit., No. 122, p. 196.

٦٩ - نقد مذهب التضامن الاجتماعي

أول وأهم ما يرد من نقـد على مذهب « ديجي » هو منهـاجه الواقعي التجريبي الذي يريد أن يخضع له القانون ، فان مثل هـذا المنهاج ، ان كان يصدق في شـأن الظواهر الطبيعيـة التي تخضـع لناموس « السببية » La causalité حيث لايتصور تخلف النتيجة ان وجد السبب ، فهو لا يصدق في شأن الظاهرة الارادية التي تخضع لناموس « الغـاية » (La finalite) حيث يتصور تخلف الارادة عن تحقيق الغاية المرسومة ·

ذلك أن الظـواهر الطبيعية مسيرة لا مخيرة تتحقق آليـا اذا توافرت أسبابها ، أما الظواهر الارادية فلا يوجد في شـأنها الا واجب تحقيق غاية معينة ، فتملك الارادة طاعته كما تملك عصيانه على السواء ، فالقانون - وهو يحكم الظواهر الارادية - لا يملك اخضاع الفرد قسرا لفعل معين كما يملك اخضـاعه لذلك قانون الجاذبية مثلا ، اذ ليس هو بقانون وجوده وانما هو قانون واجبه فحسب · والوجـود ان كان يدرك بالمشاهدة والتجربة ، فـلا كذلك الواجب · اذ الواجب مفروض لادراك غاية مرسـومة ، والغـاية انما يتصورها ويستخلصها العقل خارج دائرة المشاهدة والتجربة ، ويفرضها - كمثل أعلى - فرضا مسلما لا يقبل النقاش ·

ومن هنا ، فالقانون - وهو يفرض واجبا بتحقيق غاية معينة - انما يقوم سلوك الأفراد الحاصل في العمل تقويما يوافق تلك الغاية · فهو لا يقنع اذن باصدار أحكام تقريرية jugements de réalité ou d'existence تسـجل الواقع الذي شهدت به التجربة ، شأن العلوم الطبيعية ، ولكنـه يجاوز ذلك الى اصدار أحكام تقويمية jugements de valeur في شـأن الواقع ، أي يعطي للواقع قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل(١) · فالقانون لا يقرر اذن ما هو كائن · وانما يقوم ما هو كائن تقويما يقرر به ما ينبغي أن

---

(١) راجع في التفرقة بين الظواهر الطبيعية والظواهر الارادية ، وفي التفرقة بين الأحكام التقريرية والأحكام التقويمية :
Baudin, Introduction générale à la philosophie, 1927, pp. 160, 161. —

يكون ، أي ينتقل من الواقع الى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشـــاهدة والتجربة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقويم .

كل ذلك يفصح عن أن الواجب لا يمكن أن يخرج من الواقع ، أى أن القـــانون لا يمكن أن يخرج من المشاهدة والتجربة ، وانما هو أساسا عمل تقويمى يقوم به العقل فيما وراء المحسوس . فاخضـــاع القانون للمنهاج الواقعي التجريبى اذن ـ كما يفعل « ديجى » ـ انما هو اغفال لطبيعة القانون وانكار لوظيفته مما ينتهى به الى أن يستمد شرعيته في النفـــوس من مجرد وجوده ، لا من افتراض وجوبه . وهـــذا ما ينزلق اليه « ديجى » فعلا حين يصف القاعدة القانونية بأنها مجرد قاعـــدة واقع ، تفرض على الأفراد بقوة الواقع لا بمقتضى مبدأ أو مثل أعلى أيا كان ، فهى عنده لا تقول للفرد : « افعل هذا لأن هذا خير أو نافع تتوقف عليه سعادتك ، بل تقول له افعل هذا لأن هذا كائن ... »(١) . فماذا يبقى للقانون من قيمة اذن ان كان يفرض بقوة الواقع لا بقوة الواجب ؟(٢) .

ويبقى بعد ذلك أن نسجل على « ديجى » أنه كثيرا ما ينزلق الى مجاوزة حدود الواقع التجريبى الى ما وراء المحسوس ، فيناقض نفسه ومنهاجه العلمى الذى يلتزم به(٣) . فهو يقيم القـــاعدة القانونية على أساس شعور التضامن بين الأفراد فى المجتمع باعتبار أن هذا الشعور واقع متثبت منه بالمشـــاهدة والتجربة . ولكن ليس هـــذا بالواقع الوحيد الذى يمكن اثباته علميا ، فثم واقع تجريبى آخر هو التنافس والتنازع بين الأفراد فى المجتمع . فكيف تخير

Bonnard, L'Origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, pp. 61 - 64. —
R. Capitant, thèse précitée, pp. 1 et s.; note "1", pp. 90, 91. — Gény, op. cit., t. I, Nos. 22, 30, 60 — Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, Nos. 94 et s. — Régiade, Essai sur le fondement du droit, Arch. de phil. du droit, 1933, Nos. 3 - 4 pp. 165 et s. — Roubier, op. cit., No. 14, pp. 126 et s. — Notre thèse précitée. pp. 19 - 22.

(١) Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 16.

(٢) Notre thèse précitée, p. 34.

(٣) راجع فى ذلك :
Gény, op. cit., t. II, No. 133, p. 264 et s. — Cuche, Conférences de philosophie du droit, 1928, 2e conf., pp. 52 - 58.

« ديجى » شعور التضامن دون شعور التنازع بين الأفراد وجعله أساساً!! للقاعدة القانونية ، الا أن يكون قد عمد الى تقويم كل من الشعورين بالقياس على مبدأ أو مثل أعلى يفرضه العقل ، فيكون بذلك قد ارتفع من التقرير الى التقويم ٠ فخرج من المحسوس الى ما وراء المحسوس ، وجاوز نطاق العلم الى نطاق الفكر(١) ٠

هذا فضلا عن أن التضامن فيه الصالح والطالح ، ولا يمكن أن يكون المقصود هو جعل أساس القاعدة القانونية التضامن أيا كان أو التضامن الطالح ، وانما الذى لا شك فيه أن « ديجى » قد قصد التضامن فى الخير والعدل كأساس للقانون ، فيكون بذلك قد أصدر حكما تقويميا على التضامن دون اكتفاء بمجرد التقرير فى شأنه ، وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذى يلتزمه ٠ فالتضامن اذن ـ كحقيقة واقعية تجريبية ـ لا يصلح أساسا للقاعدة القانونية الا باعطائه قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ، مما يثبت استحالة اتخاذ الواقع أساسا للقانون ٠

ولعل وضوح هذه الحقيقة هو الذى حمل « ديجى » فى أواخر أيامه على أن يعزز شعور التضامن بشعور العدل كأساس للقانون ٠ وقد كان ذلك خليقا أن يتيح له الأساس السليم لمذهبه ، لولا أنه قنع من العدل بالشعور الذى يتمثله له جمهور الأفراد ، فلم يرتفع الى فكرة العدل فى ذاته كفكرة مثالية مجردة ٠ ولا يحتاج مثل هذا النظر الى التدليل على ما يجر اليه من خطر تحكم الأهواء والعقائد والنزعات ، اذ يجعل من العدل مجرد شعور شخصى صادر من جمهور الناس ، لا حقيقة ثابتة موضوعية يستخلصها العقل ويفرضها على الناس ٠ وليس يدرك القانون غايته ، فيأمن الفوضى والتحكم ، الا اذا استوى على الحقائق الموضوعية دون النزعات الشخصية ٠

ومن هنا ، ينبغى ـ فى تأصيل القانون ـ الاستناد الى حقيقة العدل كما يفرضه العقل ، لا الى واقع ما يتمثله جمهور الأفراد فى جماعة من الجماعات

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠ ٠

للعدل ، فالأفراد هم الذين يخضعون للعدل وليس العدل هو الذى يخضع للأفراد حتى يرتهن بادراكهم أو اعتقادهم • والقول بغير ذلك - كما يذهب « ديجى » - يحتم اعتبار نظم كالرق والتفرقة العنصرية - التى وجدت فى الجماعات القديمة ، والتى ما زالت موجودة عند بعض الجماعات الحديثة - نظما عادلة ، لمجرد شعور الأفراد فى هذه الجماعات واعتقادهم أنها كذلك ، وهو ما لا يمكن التسليم به(١) •

ويبقى بعد ذلك أن مذهب « ديجى » يحتم منطقه جعل القاعدة القانونية رهنا بشعور وارادة أغلبية الأفراد • وهو ، وان كان يتحرز من التصريح بذلك ، اذ يتكلم حينا عن « الاجماع » (Unanimité) وحينا آخر عن « شبه الاجماع » (Quasi-Unanimité) (٢) ، وغالبا عن « جمهور الافراد » (La masse des individus) (٣) ، الا أن ظروف العمل لا تسمح بتوافر اجماع الأفراد فى الجماعة على شعور معين بشأن التضامن أو العدل ، ولا بما يقرب من الاجماع على ذلك • فلا ينبغى اذن الا أن يكون المقصود هو كثرة الأفراد أو غالبيتهم ، وهو ما قد يفصح عنه اصطلاح « جمهور الأفراد » الذى يكثر « ديجى » من ترديده • فكأن القاعدة القانونية فى مذهب « ديجى » تنتهى الى أن تكون هى تلك القاعدة التى يجتمع شعور أغلبية الجماعة على أن التضامن الاجتماعى يختل اذا لم يكفل احترامها ، وعلى أن من العدل كفالة هذا الاحترام بقوة الاجبار الجماعى •

وتعليق الأمر بأغلبية عددية لا يمكن التسليم به فى شأن القاعدة القانونية ، فلا عبرة فى مجال الحقائق بقلة العدد أو وفرته • فالحقيقة توجد فى نفسها وجودا مستقلا عن وجودها فى شعور الناس ومعتقداتهم ، بحيث لا ينقص منها أو ينقضها أنه لا يعتنقها الا قلة من الأفراد ، أو حتى أنه

(١) Notre thèse précitée, p. 31.

(٢) Duguit, op. cit., t I, No. 11, p. 124.

(٣) Duguit, op. cit., t. I, No. 6, p. 81; No. 8, p. 94; No. 12, p. 127; No 13 p. 144.

لا يعتنقها أحد من الأفراد . فرغبة أغلبية الأفراد فى جماعة من الجماعات مثلا فى اباحة تعاطى المخدرات ، لا تثبت بحال من الاحوال فضل الاباحة على التحريم فى هذا الشأن . وفى العصور القديمة كان الاجماع او شبه الاجماع منعقدا على تأييد نظام الرق ، وليس ذلك وحده بكاف لتبرير شرعية هذا النظام .

والمهم أن تعليق القاعدة القانونية بارادة الأغلبية - كما ينتهى الى ذلك فعلا مذهب « ديجى » - فيه مناقضة للغاية التى كان يسعى اليها « ديجى » من التفرقة بين « القانون الحقيقى أو الموضوعى » (Le droit objectif) وبين « القانون الوضعى أو المطبق » (Le droit positif) ، أى بين القانون فى ذاته وجوهره ، وبينه فى تطبيقه وايجابيته . اذ ينتهى الأمر عملا الى أن يكون القانون الحقيقى أو الموضوعى هو نفسه القانون الوضعى ما دام أنه مرتهن بارادة الأغلبية ، وارادة الأغلبية - فى الدول التى تسود فيها الديمقراطية اليوم - هى التى تصنع أكثر قواعد القانون الوضعى ، فتصبح القاعدة القانونية بذلك هى القاعدة المطبقة فى العمل . وتلك نتيجة تقرب من النتائج التى ينتهى اليها مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة ، ذلك المذهب الذى حاربه « ديجى » نفسه وعارضه بمذهبه فى وجود قانون أعلى مستقل عن القانون الوضعى ، وهو القانون الحقيقى الذى يتكون فى شعور الأفراد .

وأيا ما كان الأمر ، فلم يتح لمذهب « ديجى » أن يجمع حوله جانبا كبيرا من الفقه . فظل الفقه فى كثرته الغالبة منكرا له مبصرا بخطأ ما يدعو اليه من تلمس أساس واقعى للقاعدة القانونية ، مما حمل أنصاره - بعد موت صاحبه - على العدول عن كثير من أسسه ونتائجه . ولكن أيا كانت أخطاء هذا المذهب ، فيبقى أن له فضلا غير منكور فى زعزعة الاعتقاد الذى كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلى بحت ، بما سلط من أضواء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها فى تكوين القانون . فلا يتصور - فى تأسيس القانون وتأصيله - أغفال هذه الحقائق ، وان يكن من الاسراف تضخيم أثرها تضخيما يحجب غيرها من العوامل والحقائق التى يسلم بها العقل كما فعل « ديجى » .

الفصل الثالث

الجمع بين فقه المدرستين المثالية والواقعية

٧٠ ـ ضرورة الجمع بين المدرستين

يخلص من كل ما تقدم أن الغلو والاسراف فى تصور جوهر القانون هما طابع فقه كل من المدرستين المتعارضتين : المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية • ومرد هذا الغلو والاسراف قصر كل مدرسة النظر الى ناحية دون أخرى • فى حين أنه ينبغى ـ فى تصور جوهر القانون ـ النظر الى الناحيتين جميعا دون الاقتصار على ناحية دون أخرى • فمن وجه ، اذا كان للانسان وجود محسوس ككائن مادى يتيح اخضاع نشاطه لمنهج علمى واقعى تجريبى ، فينبغى عدم اغفال وجوده غير المحسوس ككائن روحى يستعصى على المنهج التجريبى ولا يخضع الا لما يمليه العقل ـ فيما وراء دائرة المشاهدة والحس ـ من غاية ومثل عليا • ومن وجه آخر ، فالقاعدة القانونية التى تحكم سلوك الانسان فى المجتمع ، هى قبل كل شىء قاعدة تقويمية : لا تقنع بتقرير الواقع من الحياة الاجتماعية عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل تجاوز ذلك الى فرض واجب معين عن طريق تقويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضه العقل من مثل أعلى ، فالواقع وحده قاصر عن تكوين القاعدة القانونية أو تأسيسها لأن المشاهدة ـ ان كانت تملك تسجيل الواقع ـ فهى تعجز عن تقويمه ، اذ التقويم يستقل به العقل فيما وراء المحسوس •

ولذلك فتكوين القاعدة القانونية ، انما يقوم على معرفة الواقع والبصر بمقتضياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهدة والتجربة ، وعلى فرض الواجب فى شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى ، فهو

عملى علمى ، وعقلى فى آن واحد • وقد غدت كثرة الفقهاء الغالبة اليوم تؤيدهذا التحليل لتكوين جوهر القاعدة القانونية ، فتجمع بذلك بين فقــه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعيــة • ولقد بدأ الســير فى هذا الطريق وأرسى أسسه الفقيـــه الفرنسي العظيم « جينى » (Gény) ثم تبعه الفقه الحـــديث - من خلاف يسير فى التفصيل أو التقسيم - فرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر واقعى وعنصر مثالى •

ولذلك نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - فى العنـــاصر المكونة لجوهر القاعدة القانونيـــة عند « جينى » •

المبحث الثانى - فى عنصر الواقع وعنصر المثال فى تكوين جوهر القاعدة القانونية •

المبحث الأول

العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى »

٧١ - تمهيـــــد

يرجع الى الفقيه الفرنسى العظيم «جينى»,Gény) أكبر الفضل فى التفرقة - بصدد تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشـــكل ، فى مؤلفه القيم عن « العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى » science et technique) en droit privé positif) فالجوهر أو المادة الأولية (donné) ، هـــو ما يستخلص من حقائق الحيـــاة الاجتماعية طبقا لمثل أعلى معين ، والشـــكل أو البنـــاء (construit) هو الصورة أو الهيئة التى تعطى لهذا الجوهر حتى يصبح صالحا للتطبيق فى نطاق العمل • وقد فضل « جينى » تسمية الجوهر أو المـــادة الأولية : « العلم » (la science) ، وتسمية الشكل أو البنـــاء « الصناعة » أو « الصياغة » (la technique) • وقد رسخت هذه التفرقة بين

الجوهر والشكل أو بين العلم والصياغة حتى صارت اليوم من الأسس التقليدية المسلمة فى فقه أصول القانون .

وليس يعنينا فى هذا المبحث الا الكلام عن جوهر القاعدة القانونية أو ما يسميه « جينى » : « العلم » . وينبغى التنبيه فى هذا المقام الى أن اصطلاح « العلم » هنا لا يقصد به « جينى » المعنى الضيق الذى يقصده أنصار المدرسة الواقعية أى المعرفة اليقينية المستندة الى المشاهدة والتجربة بل انه يقصد به المعنى الواسع ، أى كل معرفة منطقية منهجية ، تجريبية كانت أو عقلية . ولذلك فهو يمزج - فى تصوره لجوهر القاعدة القانونية أو لعنصر العلم فيها - بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية فيرد هذا الجوهر الى حقائق بعضها تجريبى وبعضها عقلى . وهى فى جملتها حقائق أربع ، الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية والحقائق المثالية . فنعرض لكل منها على التوالى .

٧٢ - الحقائق الواقعية أو الطبيعية (données réelles ou naturelles)

هى تلك الحقائق التى تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس فى الجماعة . وهذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة وتكوين الانسان العضوى أو الجسمى . وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الأخلاقية أو الشعور الدينى ، وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية ، أو قوى سياسية أو اجتماعية(١) .

غير أن هذه الحقائق الواقعية لا تخلق بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها ترسم لها الحدود وتعين النطاق أو على الأقل تكون البيئة اللازمة لنشوئها . فهى اذن مجرد حقائق أولية من اللازم ادخالها فى الاعتبار ، ان لم يكن لشىء .

---

(١) Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, No. 167, p. 371.

فلتثبيت الوضع الذى تعرض به مسائل القانون أو لتحديد مداها ابتداء(١) ٠

فمثلا وجود جنسين من الناس : ذكر وأنثى يمكن ارتباطهما ارتباطا من نوع خاص ، يعتبر حقيقة واقعية أو طبيعية ، سير مسألة التنظيم القانونى مثل هذا الارتباط ٠ واذا كانت هذه الحقيقة لا تستطيع بمفردها تحديد قواعد الزواج ، فهى على الأقل تبين فكرته ، لتوضح مثلا أن هذا الارتباط — أيا كانت القواعد التى يجب أن تحكمه — لا يمكن أن يوجد بطبيعته الخاصة بين كائنين من نفس الجنس ٠ وكذلك فان الاختلافات العضوية أو النفسية أو المادية بين الذكر والأنثى تقود الى التسليم باختلاف فى المركز القانونى بين الزوج والزوجة فى هذا الارتباط ، وهو اختلاف تسهم كذلك الظروف الاقتصادية والسياسية للبيئة الاجتماعية فى التأثير فيه وتوجيهه ، بما تعمل على توسيعه أو تضييقه(٢) ٠

وهذه الحقائق الواقعيــة أو الطبيعية تخضع لطرق المعرفة الواقعيــة اليقينية من مشاهدة وتجربة ، ولذلك فهى حقائق علميــة بالمعنى الضيق الدقيق ٠ وهذه الصفة العلميــة اليقينية المنزهة عن التحكم وعن كل تنظيم فنى مصطنع ، تفرض هذه الحقائق على الارادة فرضا حتميا ، مما يجعلها شرطا أساسيا جوهريا لانشاء القــاعدة القانونية وان لم يجعلها كــافية وحــدها لتبريرها والاستقلال بخلقها(٣) ٠

٧٣ — الحقائق التاريخية (Les données historiques)

تشمل هــذه الحقائق ما تكون من قواعد لتنظيم الحيــاة والسلوك فى المجتمع ، ثبتت على مر الزمن مما أكسبها صلابة وقوة واحتراما ، جعلت منها

---

(١) Gény. op. cit., No. 167, pp. 371, 372.

(٢) Gény. op. cit., No. 167, pp. 372, 373.

(٣) Gény. op. cit., No. 167, p. 375

تراثا مكتسبا لا يمكن اغفاله أو التحلل منه كليا فى تكوين القانون(١) . وهذا التراث التاريخى من الاوضاع القانونية ، لا يتكون - كالحقائق الواقعية - من عناصر مادية أولية سلبية ، بل يتضمن قواعد متكونة جاهزة صالحة لتوجيه نشاط الأفراد فى المجتمع(٢) .

فاتحاد أو ارتباط الجنسين مثلا ، يبدو لنا اليوم - باستقراء الحقائق التاريخية وحدها - فى شكل الزواج ، أى فى شكل نظام محكم الشروط والآثار - على اختلاف فى ذلك بحسب الزمان والمكان - وخاضع دائما لرقابة سلطة اجتماعية دينية كانت أو مدنية مما يسبغ عليه صفة شرعية . فمثل هذا النظام يبدو اذن نتيجة لعامل المدة الذى يضاف الى الحقائق الواقعية فيكسبها قوة وهيبة .

فمن المحال اذن اغفال دور الحقائق التاريخية فى تكوين القانون . اذ يقوم على أساسها كل اصلاح أو بناء قانونى جديد . فهى نتيجة خبرة تولدت عن طول التجربة مما يجعل لها حجية مسلمة . ليست بالمطلقة ولا الدائمة ، ولكنها حجية مؤقتة ، لا تصد عن التطور وان تكن تعصم من الاندفاع أو التهور(٣) .

وهذه الحقائق التاريخية حقائق علمية بالمعنى الصحيح ، فالتاريخ ليس سوى التجربة التى مرت بها الانسانية فيكون الشأن فى تعرفه وتسجيله الى مجرد المشاهدة . والحقائق التاريخية بذلك تكون قادرة على اعطاء القانون أساسا راسيا ، فبعض الأنظمة القانونية الرئيسية ، كنظام الملكية الفردية الذى ما زال أساسه العقلى محل خلاف كبير ، تجد سندها فى التطور التاريخى الذى خرجت منه(٤) .

---

(١) Gény. op. cit., No. 168, p. 376.

(٢) Gény. op. cit., No. 168, p. 377.

(٣) Gény. op. cit., No. 168, p. 378.

(٤) Gény. op. cit., No. 168, p. 379.

٧٤ - الحقائق العقلية (Les données rationnelles)

لا تكفى الحقائق الواقعية ولا الحقائق التاريخية لوضع القواعد اللازمة لتوجيه سلوك الافراد فى المجتمع توجيها مقنعا • ومثل هذا التوجيه ، الذى يخضع لحكم الارادة العاقلة للانسان ، لا يمكن التماسه أو استخلاصه من حقيقة الواقع أو من حجية التقنيد وحده • وانما هو يلتمس فى أفق أعلى حيث يعمل العقل على ملاءمة حقائق الواقع والتاريخ وموافقتها على ما يفرض من غاية للقانون(١) • ومن أجل ذلك تسهم الحقائق العقلية بالنصيب الأكبر المرجح فى تكوين جوهر القاعدة القانونية •

وهذه الحقائق العقلية تكون عند جينى الجوهر الأساسى لفكرة القانون الطبيعى ، أى قواعد السلوك التى يستخلصها العقل من طبيعة الانسان ومن اتصاله بالناس فى المجتمع . وهى بوصفها تفرض على العقل أو الذهن وتوافق مقتضيات الأشياء ، تكون محتومة كما تكون عالمية ثابتة(٢) •

ورغم أن الحتمية التى تحكم هذه الحقائق ليست مادية - كما هو الشأن بالنسبة للحقائق الواقعية - بل معنوية محض ، فهى أهل - نظرا الى موضوعها - لتكوين القانون الطبيعى بالمعنى الصحيح ، وبصفاته الخاصة المعترف بها من ثبات وعالمية وخلود • ولكن « جينى » يفضل تسميتها بالحقائق العقلية منعا لما قد يثيره تسميتها بالقانون الطبيعى من خلط فى الأذهان ، ولأن العقل هو الأداة المستعملة فى استخلاصها • ورغم ذلك ، فهى تظل تعنى تلك المبادىء التى يستخلصها التمحيص العقلى لحقائق الواقع والتاريخ ، فى سبيل توجيه سلوك الأفراد فى المجتمع • ولكنها - حتى تحتفظ بقيمتها الكبرى فى تكوين القاعدة القانونية - ينبغى ألا تتضمن من المبادىء أو القواعد الا ما يظهر العقل أن طبيعة الانسان تفرضه فرضا محتوما دون بسطها على غيرها من المبادىء التى تخص مطامح أو نزعات مثالية • فالحقائق العقلية اذن تتضمن

---

(١) Gény, op. cit., No. 169, p. 380.

(٢) Gény, op. cit., No. 169, p. 381.

المبادىء الضرورية لا الكمالية(١) ٠

فطبيعة الانسان - كما يفسرها العقل - تحتم مثلا عدم اعطاء الارتباط بين الجنسين صفة الشرعية المنشئة لاسرة معترف بها اجتماعيا ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشىء عن الرضى والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على أهوائه ارضاء للخلق السامي ، وبنية رعاية وتربية ما قد ينتج عن هذا الارتباط من أولاد(٢) ٠ فليس لمجرد الارتباط الوقتي أو العابر بين الجنسين اذن - في منطق الطبيعة والعقل - أية صفة شرعية ٠

ولكن الحقائق العقلية لا تجاوز مثل هذا القدر الضروري المعتبر حدا أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجة ولا أبدية الزواج وعدم قابليته للانفصام ، ولا تحريم الزواج ببعض الاقارب من غير الأصول أو الفروع ٠ فانه وان تكن مثل هذه المبادىء جديرة بالنظر والاعتبار لما تصدر عنه من سمو في التفكير الأخلاقي وأهلا لتصير بذلك ضمن قواعد الزواج القانونية ، الا أنها تظل دائما في نطاق المثل العليا ، مما يتعذر معه ادماجها ضمن الحقائق العقلية بمعناها الدقيق ٠ فالحقائق العقلية بطبيعتها انما تقتصر على النطاق الصرف للعقل ، فلا تتضمن الا القواعد التي يستخلصها العقل دون منازعة من طبيعة الانسان وطبيعة الحياة في المجتمع(٣) ٠

ويعترف جيني للحقائق العقلية بصفة علمية - لا بالمعنى الدقيق - ولكن بالمعنى الواسع المعبر عن كل نشاط أو جهد عقلي تفكيري ، ينفذ الى جوهر الأشياء بوسائله المسلمة الخاصة في المعرفة دون الوسائل المنازع في قيمتها ، وبذلك تتمكن هذه الحقائق العقلية من أن تضع من القواعد ما تفرضه فرضا

---

(١) Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382.

(٢) Gény, op. cit., No. 169, p. 382.

(٣) Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382.

جازما يعادل جزمه وحتمه الحتم المادى اللازم للحقائق الواقعية أو الطبيعية ، وان أمكن مع ذلك تصور جحدها وانكارها فى الواقع . ومن هنا ، تكون لها الغلبة على الحقائق التاريخية ، وتصلح كأساس للحقائق المثالية التى تستهدف الكمال بها(١) .

٧٥ — الحقائق المثالية (données idéales)

يستطرد « جينى » فيذكر أنه ينبغى الاعتراف — الى جنب الحقائق السابقة — بنوع آخر من الحقائق يجمع ويركز كل الآمال والمطامح الانسانية فى التقدم المطرد للقانون ، فخارج نطاق التنظيم القانونى الذى تفرضه حقائق الحياة الواقعية أو مقتضيات العقل المستنير بتجارب التاريخ تبدو جملة اعتبارات مادية أو نفسية أو أخلاقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية لا تقرر قواعد سلوك جديدة . ولكنها تتضمن بعض الاتجاهات والنزعات المثالية أو الكمالية للنظام القانونى والعلاقات القانونية . فهذه حقائق مثالية محض ، لا تعبر عن وقائع محسوسة ، ولا عن قواعد عقلية مفروضة بالضرورة ، ولا عن تراث تاريخى مكتسب ، ولكن عن رغبة فى التقدم والسمو ونزعة الى تحقيق بعض المبادىء الكمالية زيادة على ما يفرضه العقل من مبادىء ضرورية . فهذه الحقائق انما تعبر اذن عن مجرد اتجاهات نحو تنظيم مأمول للعلاقات القانونية ، تفرضها وتحددها المدنية والشعور العام فى الجماعة(٢) .

ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة ، وأبدية الزواج بامتناع انحلاله عن طريق الطلاق . فمثل هذه الحقائق لا يفرضها العقل كضرورة لازمة محتومة ، ولكنها مجرد تصور كمالى لنظام الزواج . فليس ينفى العقل فكرة تعدد الزوجات ، ولا فكرة الطلاق ، ولكن نزعة الكمال تقضى بالاكتفاء بزوجة واحدة وبدوام رابطة الزوجية قائمة لا يحلها الا الموت .

---

(١) Gény, op. cit., No. 169, p. 384.

(٢) Gény, op. cit., No. 170, pp. 384, 385.

وتكون مثل هذه الحقائق المثالية لا تمثل مقتضيات عقلية مطلقة . وانما مجرد أماني أخلاقية أو اجتماعية للمدنية في الجماعة لا يجعل لها صفة عالمية أو خالدة(١) كما هو الشأن بالنسبة للحقائق العقلية ، التي لها من إطلاقها وموضوعيتها ما يضمن لها العالمية والثبات والخلود . ومن هنا كانت الحقائق المثالية مختلفة باختلاف الزمان والمكان ، فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها .

ولئن كانت هذه الحقائق المثالية تفرض الى حد ما على الذهن ، وتبقى بذلك في عداد الحقائق المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، الا أن من العسير اعطاءها بوجه عام صفة علمية بحتا . فهي لا تأتي من معرفة عقلية ولكن من تلك القوى غير الواضحة التي تندرج تحت اسم الايمان أو العاطفة والتي تحدد بطريقة غامضة - وان تكن مؤكدة - ما يوجد لدى أفراد الجماعة من معتقدات وارادات مشتركة ، مما يضفي على هذه المعتقدات والارادات صفة موضوعية كافية .

وليس المقصود بذلك هو الرأى العام ، تلك القوة العمياء غير الواعية التي قد تندفع الى ضلال تحت تأثير شعور معين . وانما المقصود هو تلك القوى التي تكمل نقص الحقائق العقلية أو تيسر من جفافها وصرامتها ، مما يجعلها محلا لعقيدة شاملة كضرورة للكمال بالقواعد التي تكشف عنها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية(٢) .

وغني عن البيان أن الحقائق المثالية لا تتمتع بنفس الحجية التي تتمتع بها الحقائق العقلية المقامة على أساس من الواقع وضوء من التاريخ ، ولكنها على أي حال تقوم بدور أساسي لا يمكن اغفاله في تكملة هذه الحقائق الأخيرة . بل هي - فضلا عن ذلك - تؤدي الى التخفيف من صرامة النتائج التي قد يفرضها العقل ، والكمال بها ، وتقريب الحياة الاجتماعية من العدل الأسمى الذي تفرضه مطامع الانسان الواسعة المتطورة . وهي قد تتيح كذلك تغيير

---

(١) Gény, op. cit., No. 170, p. 387.

(٢) Gény, ibid.

بعض النظم التى تؤخذ على أنها نظم يفرضها العقل ، والتى لم تعد تساير درجة التقدم والمدنية التى بلغتها الجماعة(١) ٠

٧٦ - الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق

تلك هى الحقائق الأربع التى يراها « جينى » مكونة لجوهر القاعدة القانونية ٠ ولكنه يفاضل بين هذه الحقائق ، فيجعل الحقائق العقلية هى أهمها جميعا ٠ اذ الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية - كأساس محكم لكل الجوهر - لا تتطلب الا أن تسجل بالمشاهدة والتجربة ، دون حاجة الى نشاط ذهنى أو شخصى ٠ والحقائق المثالية لا تتدخل الا للسمو بالقواعد التى يفرضها العقل مستنيرا بالواقع أو التاريخ ٠ وعلى هذا النحو ينتهى جينى الى اثبات الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق ، فيعتبر أن القاعدة القانونية هى أساسا عمل عقلى ، والحقائق العقلية هى التى توقفنا على فكرة العدل التى تعين على اقامة النظام والأمن فى الحياة الاجتماعية(٢) ٠

والخلاصة مما تقدم أن « جينى » يجعل الغلبة للحقائق العقلية ، فهى عنده الأساس الجوهرى للقاعدة القانونية ٠ وهذه الحقائق تعتمد على بعض الحقائق الواقعية أو الطبيعية ٠ والحقائق العقلية والواقعية لا تثبت فى الحياة الاجتماعية الا بفضل نمو تاريخى يسلكها فى سلك التطور الاجتماعى ٠ وهذا التطور لا يتم الا تحت تأثير مثل أعلى يسمو بالطبيعة والواقع ، ويخفف من صرامة مسلمات العقل ٠

---

(١) فمثلا يقضى العقل بأن مناط التعويض عن الضرر هو وجود خطأ فى جانب من تسبب فى احداث هذا الضرر ٠ ولكن اطلاق هذه الحقيقة العقلية يؤدى فى بعض الحالات الى نتائج ظالمة ٠ فبعد انتشار الصناعة كثرت اصابات العمال نتيجة استعمال الآلات ، وكان من المتعذر على العمال غالبا اثبات خطأ من جانب رب العمل او صاحب المصنع ، مما انتهى الى ترك العمال المصابين دون تعويض عما كان يلحقهم من ضرر الاصابة ٠ فهنا تدخلت نزعة العصر المثالية نحو توزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع فى الحياة الاجتماعية ، للتخفيف من وطأة تلك النتيجة الظالمة بضمان حصول العمال على تعويض عن اصاباتهم ، دون ضرورة ثبوت خطأ فى جانب رب العمل (Gény, op. cit., No. 170, p. 388).

(٢) Gény, op. cit., No. 171, pp. 389, 390.

فالأساس اذن هو الحقائق العقلية التى تدخل فى اعتبارها الحقائق الواقعية أو الطبيعية ٠ ومن هنا ،يفهم منطق « جينى » فى استلزام وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعى فى تكوين جوهر القاعدة القانونية أى فى استلزام وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء التى يعتبر الانسان جزءا منها ترتفع على ارادات الأفراد وأهوائهم ، وتفرض نفسها عليهم بما لها من قيمة موضوعية ثابتة سامية حتى لا يجدوا مناصا من الخضوع لها(١) ٠

المبحث الثانى

عنصر الواقع وعنصر المثال فى تكوين القاعدة القانونية

٧٧ ـ ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا

أول ما يراعى بشأن الحقائق الأربع المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى » هو أنه يعطيها صبغة علمية ليست لهـا كلها ٠ فهو نفسه يعترف بأن من العسير اعتبار الحقائق المثالية حقائق علمية اذ هى انما تتولد من قوى مبهمة غير واضحة كالعاطفة والايمان ٠ وهو لا يصل الى اعطاء الحقائق العقلية الصفة العلمية الا بمجاوزة المعنى الدقيق لاصطلاح « العلم » وبسطه الى كل معرفة منطقية منهجية ، دون تقيد بأن تكون معرفة تجريبية ٠ ومن هنا ، فلا يبقى من حقائقه الأربع ما تكون له صفة علميـة بالمعنى الاصطلاحى الدقيق الا النوعان الآخران من الحقائق أى الحقائق الواقعية (أو الطبيعية) والحقائق التاريخية ، فهذه حقائق تجريبية محض تعرف وتسجل بمجرد المشاهدة ٠

هذا فضلا عن أن من العسير التفرقة بين الحقائق الواقعية وبين الحقائق التاريخية ٠ فلا تعدو الحقائق التاريخية أن تكون مجرد حقائق واقعية ، اذ هى تراث تاريخى قد اكتسبته الجماعة على مر الأجيال ، حتى صار ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها ٠ وكذلك الشأن فى التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق

(١) Gény, op. cit., No. 176.

المثالية ، فالثانية انما تستخلص تدريجيا من الأولى تبعا لاطراد نزعة الكمال والتقدم(١) ٠

كل ذلك يدعو الى البصر بالمعيار الذى يجب أن يرد اليه تحليل عناصر القاعدة القانونية ، وتحديده بما يتخلف أو يتوفر لهذه العناصر من صفة علمية بالمعنى الدقيق ٠ ومن هنا ، يمكن اختزال حقائق « جينى » الأربع الى نوعين اثنين من الحقائق :

١ - **حقائق علمية تجريبية** ، تخضع للمنهاج التجريبى البحت ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية على السواء ٠

٢ - **حقائق عقلية تفكيرية** ، يستخلصها العقل فيما وراء المشاهدة والمحسوس ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق العقلية والحقائق المثالية ٠

وهذان النوعان من الحقائق انما يعبران عن طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها ٠ فالقاعدة القانونية - كما سبق البيان - انما هى تكليف بواجب ، ولا يمكن تعيين الواجب الا عن طريق تقويم الواقع ٠ أى أن القاعدة القانونية انما تفترض أولا واقعا يراد تعيين ما يجب منه وما لا يجب ، وثانيا تقويما لهذا الواقع بالقياس على مثل أعلى ، تقويما يتعين به الواجب فى شأن هذا الواقع ٠ أما الواقع فيعرف بالمشاهدة والتجربة اذ يدخل فى نطاق المحسوس أى يخضع فى تعرفه لمنهج علمى تجريبى دقيق ، ولذلك فهو الذى يمد القاعدة القانونية بالحقائق العلمية التجريبية ٠ وأما التقويم فلا يتصور الا بالقياس على مثل أعلى يعتبر غاية فى ذاته ، والمثل الأعلى لا يستخلص من المشاهدة ولا من التجربة فهو من عالم ما وراء المحسوس يستخلص بالعقل ، مما يضيف - الى الحقائق العلمية التجريبية - حقائق أخرى عقلية تفكيرية ٠

---

(١) Emmanuel. L'idée du droit, Essai sur quelques conceptions contemporaines, 1937, p. 122.

فالقانون اذن ليس عمــلا علميا بحتا كما تذهب الى ذلك المدرســة الواقعية . ولا هو عمل عقلى تفكيرى بحت كما تذهب الى ذلك المدرسة المثالية . ولكنه عمل مزدوج مختلط : هو عمل علمى ، اذ يحتاج أولا الى تقرير الواقع من الحياة الاجتماعية تقريرا علميا على ضوء المشاهدة والتجربة . وهو عمــل عقلى ، اذ يحتاج الى تقديم هذا الواقع ـ خارج نطاق المحسوس ـ تقويما عقليا بالقياس على مثل أعلى هو العدل ، وهذا التقويم هو الذى يمكن من فرض الواجب على الأفراد أى من تعيين مضمون القاعدة القــانونية ، والتقويم عمل يدخل فى باب الفن . ولهــذا جرى القول بأن القانون « علم » (science) حــين يقرر الــواقع ، و « فن » (art) حين يقوم الواقع(١) . ولكن دور الفن فى القانون أكبر من دور العلم ، اذ الأساس هو التقويم ، وان يكن التقــويم لا يستغنى عن الواقع لأنه يرد عليه .

ومن هنا ، نستطيع أن نرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصرين : عنصر العلم وعنصر الفن ، أو عنصر الواقع Le réel وعنصر المثال L'idéal . فنعرض فيما يلى لكل من هذين العنصرين فى مطلب على حدة .

المطلب الأول

العنصر الواقعى التجريبى أو حقائق الحياة فى الجماعة(٢)

٧٨ ـ تمهيــد

قلنا ان معرفة جوهر القاعدة القانونية يتطلب أولا تحليل عناصر الحياة فى الجماعة لاظهار مختلف الحاجات التى ينبغى من عمد اشباعها بما يحقق المثل

---

(١) انظر فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 17. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 58.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Roubier, op. cit., No. 18, pp. 163 - 170. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 79 - 90. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 54.

الأعلى للعدل . فينبغى البصر اذن بحقيقة الظواهر الاجتماعية (faits sociaux) ، وهو ما لا يتأتى الا باتباع منهج تجريبى علمى بحت ، أى باخضاع هذه الظواهر الاجتماعية للمشاهدة والتجربة ، فهى ظواهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها لقانون السببية . فحقائق الحياة فى الجماعة أمر من العبث اذن اغفاله عند وضع القاعدة القانونية . وهذه الحقائق يمكن ردها الى عوامل كثيرة نذكر أهمها فيما يلى :

٧٩ - العوامل الطبيعية (Les facteurs naturels)

هى عوامل تتصل بالطبيعة بوجه عام ، سواء كانت طبيعة المجتمع أو طبيعة الانسان . فتحديد سن الأهلية للزواج مثلا يتوقف كثيرا على طبيعة المناخ فى المجتمع ، اذ يتم النضج الجسمى والجنسى فى سن مبكرة أو متأخرة تبعا لطبيعة جو كل مجتمع . وتبعا لكثرة أو قلة النسل ، ولازدياد ثروة الجماعة أو فقرها ، تحدد كل جماعة سياستها بشأن اعطاء الأجانب جنسيتها فتشجع التجنس أو تحد منه .

وتبعا لموقع المجتمع ، يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع . فمجتمع يوجد فى جزيرة ، أو تحده سواحل وشواطىء ، يضطر الى التجارة عبر البحار مع غيره من المجتمعات ، فيظفر فيه القانون التجارى البحرى بحظ عظيم(١) .

وكذلك فثمة قواعد قانونية تترتب على ظاهرة الميلاد وظاهرة الموت التى يخضع لها الانسان . فشخصية الانسان تبدأ مثلا بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته ، والميلاد يكسب الشخص اسما ولقبا معينا ، وغالبا ما يكسبه جنسية معينة . والموت تترتب عليه الحاجة الى قواعد تنظم الارث والوصية ، فتنتقل أموال المتوفى طبقا لهذه القواعد الى الورثة أو الموصى لهم .

---

(١) De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 85.

٨٠ ـ العوامل الاقتصادية (Les facteurs économiques)

تعتبر العوامل الاقتصادية من أهم حقائق الحياة فى الجماعة ، التى تنبغى الاحاطة بها عند وضع القواعد القانونية ، اذ أن حاجات الأفراد الاقتصادية من إنتاج واستهلاك وتداول وتوزيع تحتاج الى تنظيم قانونى معين • وقد غدت العوامل الاقتصادية فى العصر الحديث أكبر أثرا فى القانون عن ذى قبل ، فنمو وانشاء بعض فروع النشاط الاقتصادى أدى الى ظهور أو تغيير بعض القواعد القانونية • فازدياد أهمية الضمان أو التأمين والنقل مثلا ، دعا الى الاهتمام بوضع قواعد مفصلة محكمة لعقود الضمان أو التأمين وعقود النقل • وتجميع رؤوس الأموال فى الصناعات فى الوقت الحاضر ، أدى الى ازدياد الاهتمام بالنظام القانونى للشركات المساهمة(١) • وانتشار الصناعة منذ أواخر القرن الماضى ، أدى الى نشوء طبقة العمال نتيجة لتجمعهم فى مناطق الصناعات ، مما دعا الى اعطائهم حق تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم ، وحق الاضراب لتحقيق مطالبهم ، وكثرة ما صدر من تشريعات العمل لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال تنظيما يكفل التوازن بين هاتين القوتين •

وظهور المذاهب الاشتراكية وانتصارها فى كثير من الدول كان له أثر بالغ فى تطوير اقتصادياتها ، مما دفع المشرع فيها الى الغاء الملكية الخاصة لكل أو بعض وسائل الانتاج والى ابتداع فكرة تأميم المشروعات الاقتصادية وخلق قطاع عام فى الانتاج •

غير أنه ينبغى عدم الاسراف فى تضخيم أثر العوامل الاقتصادية فى تكوين القانون ، أو جعلها هى العامل الأساسى فى هذا التكوين ، بحيث تتبعها وتخضع لها بقية العوامل الأخرى • فالقانون ليس مجرد تنظيم للاقتصاد فى الجماعة ، اذ لا تقوم الحياة الاجتماعية على اشباع الحاجات المادية

---

(١) Le La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 115.

للأفراد فحسب ، فضلا عن أن القانون لا يخضع للعوامل والقواعد الاقتصادية خضوعا محتوما ، بل هـو يهيمن عليها بما يضمن موافقة الاقتصاد لفكرة العدل(١) ٠

٨١ ـ العوامل السياسية والاجتماعية Les facteurs politiques et sociaux

يقصد بذلك الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع ، دون تعرض لقيمتها ، فنحن بعد في مجال تسجيل الواقع لا في مجال تقويمه ٠ ولذلك فمعرفة ما يوجد في المجتمع من أفكار سياسية واجتماعية ، هي معرفة تجريبية بحتـة تقوم على المشاهدة ، أي معرفة علمية بالمعنى الاصـطلاحي الدقيق ، مما يدخلها ضمن حقائق الحيـاة في الجمـاعة ، أي ضمن العنصر الواقعي لا المثالي للقاعدة القانونية ٠

والواقع أن كثيرا من الافكار السياسية والاجتماعية السـائدة أسهمت بنصيب كبير في خلق بعض النظم القانونية ، فالأفكار الاجتماعية التي كانت سائدة في القديم خلقت نظام الرق ، وجعلت الناس طائفتين : طائفة الأحرار ، وطائفة الرقيق ٠ والأفكار السياسية والاجتمـاعية التي كانت سائدة في القرون الوسطى ، خلقت نظام الاقطـاع وأقامت على أساسه جملة القـواعد القانونية ٠ وكذلك فان المعتقدات الطبقية التي كانت سـائدة قبل العصر الحاضر ، فصلت كل طبقـة عن الأخرى فصلا تاما ، ودعت طبقـة الأشراف خاصة الى تحصين نفسها ضـد كل دخيل عليها ، فوجدت قواعـد قانونية تحصر الارث في ابن الأسرة الأكبر ، وتحرم البنات من الارث حتى لا تذهب أموال الأسرة الى أزواجهم ، وقد يكونون من الطبقـات الأخرى ٠ وكذلك وجدت قواعـد قانونية لتأكيد الفصل بين الطبقات وضمان عـدم اختلاطهم بالتزاوج ، فقيد انعقاد الزواج في كثير من الأحيان بضرورة ترخيص الوالدين به ، حتى بالنسبة لمن جاوز سن الرشد من الأولاد(٢) ٠

---

(١) في هذا المعنى :
De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 112.

(٢) Roubier, op. cit., No. 18, p. 169.

ومن الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية . ما كان له أكبر الاثر في حياة الأمم وتغيير نظمها القانونية • فظهرت مع الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر معتقدات الحرية والاخاء والمساواة . وقد أسهمت هذه المعتقدات بنصيب كبير في بناء النظام القانوني لفرنسا الحديثة • وظهرت مع الثورة الشيوعية في روسيا معتقدات سيادة الطبقة العاملة والغاء باقي الطبقات . وعلى أساسه قام نظام الحكم هناك ، وانحصر في الحزب الممثل لهذه الطبقة • وما زالت سائدة في الولايات المتحدة الامريكية وفي جنوب أفريقيا الى اليوم بعض معتقدات خاصة بالتمييز بين البيض والملونين من الأفراد ، مما ينعكس أثره على بعض قواعد القانون هناك ، وتبلور فكرة الاشتراكية العربية في الجمهورية العربية المتحدة أخيرا قد خلق معتقدات جديدة تتعلق بضرورة التخطيط في الاقتصاد وبالكفاية في الانتاج مما دعا الى تأميم كثير من المشروعات الاقتصادية ومساهمة الدولة في بعضها وخلق قطاع عام يسيطر على الانتاج في الدولة ، وخلق معتقدات أخرى تتعلق بالعدالة الاجتماعية وتذويب الفوارق بين الطبقات سواء عن طريق فرض حد أقصى لملكية الأراضي الزراعية وتوزيع الزائد عليه وتمليكه لصغار الفلاحين . أو عن طريق تقليل الفوارق بين دخول الأفراد بفرض ضرائب تصاعدية عالية على الدخول وعلى العقارات المبنية وبتحديد حد أعلى للمرتبات وبزيادة دخول العمال باشراكهم في الأرباح •

كل هذه الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع - والتي تختلف طبيعتها بحسب الزمان والمكان - لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تنبغي الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة عن طريق المشاهدة والتجربة • وليس معنى ذلك أن القاعدة القانونية تخضع لكل ما قد يوجد في المجتمع من مثل هذه المعتقدات والأفكار . بل هي توافقها على المثل الأعلى للعدل ، وتخضعها لحكمه ، وكثيرا ما تضطر الى محاربتها ، حين يبدو تناقضها واضحا مع تحقيق العدل ، الذي هو غاية القانون •

٨٢ ـ العوامل الدينية والأخلاقية Les facteurs religieux et moraux

يقصد بذلك التقاليد الدينية والأخلاقية السائدة في الجماعة ، او التيارات الدينية والأخلاقية الجارية فيها . فمثل هذه التقاليد والتيارات ، تعتبر في مقدمة حقائق الحياة في الجماعة ، ألتي تحدد وتوجه حاجاتها . ومن ثم لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القواعد القانونية ، وان يكن هذا الأثر يتفاوت ويختلف باختلاف الجماعات .

فالاحاطة بمثل هذه التقاليد والتيارات أمر لازم اذن لتعرف حاجات الجماعة ورغباتها بشأن التنظيم القانوني . ولكن أيا كان ما تتمتع به مثل هذه التقاليد والتيارات الدينية أو الأخلاقية من قوة الواقع ، فليس يفرضها الواقع فرضا محتوما كقواعد قانونية واجبة ، وانما يبرزها ويقدمها بين يدى المثل الأعلى للعدل ، الذى يخضعها ـ من بعد ـ لحكمه .

وقد كان للتقاليد الدينية أثر كبير في تعدد جهات الاختصاص القضائي في الدول العربية ، وفي تحديد المقصود باصطلاح « الأحوال الشخصية » فيها ، تحديدا واسعا يبسطه على كثير من الأوضاع التى تعتبر بحسب طبيعتها من الأحوال العينية أو المالية ، كالوقف والميراث والوصية والنفقة ، واخضاعها تبعا لذلك لجهات القضاء الديني المختلفة بحسب ديانة الخصوم .

وكذلك فقد كان للتقاليد الدينية والأخلاقية ، أثر بارز في تحريم الطلاق في قوانين الدول الغربية الى وقت قريب . ثم ضعف أثرها غير قليل ، فأبيح الطلاق في أكثر هذه الدول . ولكن الأمر لم يصل فيها الى حد اغفال ما بقى لهذه التقاليد من قوة وأثر في النفوس ، فظل حبيس هذه التقاليد ، بحكمه كثير من الاجراءات والقيود .

٨٣ ـ العوامل التاريخية Les facteurs historiques

يقصد بها التجارب التى مرت بها الجماعة ، ومرت بها نظمها القانونية وهى بهذا الوصف ـ كخبرة صقلها الزمن ـ تدخل في الاعتبار عند تكوين القواعد القانونية ، بل يكون لها ـ في بعض الأحوال ـ دور مرجع في

شأن هذا التكوين كما سبقت الاشارة الى ذلك من قبل

فدور العوامل التاريخية اذن ، في تكوين القواعد القانونية ، دور غير منكور ، ولكن من الاسراف الادعاء - كما يفعل المذهب التاريخي - ببناء القواعد القانونية على أساس تاريخي بحت .

المطلب الثاني

العنصر المثالي أو المثل الأعلى للعدل(١)

٨٤ - تمهيد

لا تكفي حقائق الحياة في الجماعة لتكوين القاعدة القانونية . لان هذه الحقائق ليست الا مجرد حقائق واقعة ، والقاعدة القانونية هي تكليف بواجب ، وليس كل ما هو واقع واجب . من أجل ذلك ، ينبغي لهذه الحقائق - حتى تصبح واجبة ، أي حتى تصلح لتكوين قاعدة قانونية - أن تلحقها قيمة معينة تبرر هذا الوجوب . وهذه القيمة تتحدد بعيدا عن كل تجربة أو مشاهدة حسية . بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل .

ومن هنا كان لا بد لتكوين القاعدة القانونية من عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي . فاخضاع الواقع للمثل الاعلى وهو العدل . وموافقته عليه ، يعطيه صفة الواجب أي يجعله قانونيا .

ولكن ما هو المثل الاعلى للعدل ، أو ما هي فكرة العدل في ذاته ؟ . ذلك العدل الذي خاض فيه منذ قديم فلاسفة اليونان وفقهاء الرومان والمبرزون

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 94 - 108; Théorie générale du droit, Nos. 217 - 262. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., 1927, No. 11. — Gény, Science et Technique, t. II, Nos. 171 - 174. — Hauriou, Aux sources du droit, pp. 43 - 71. — Réglade, op. cit., pp. 45, 46, 50, 55. — Roubier, op. cit., Nos. 19, 26. — Senn, op. cit., pp. 1 - 54.

من رجال الكنيسة فى العصور الوسطى ، حتى جرت أقلام الفقهاء فى العصر الحديث على أنه من عناصر تكوين القاعدة القانونية ؟ .

الواقع أن العدل ـ فيما ثبت عليه من معنى قديم ـ هو احدى الفضائل التى تتلخص فى اعطاء كل واحد حقه ، أو ما هو واجب له(١) . وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العـام ، اذ بذلك يتساوى كل ذى حق فى المطالبة بحقه ، واقتضاء ما يجب له . وليس ينكر أحد على العدل مثل هـذا المعنى . ولكن تعريفه على هذا النحو . يكاد ـ لفرط عمومه واطلاقه ـ يقصر عما ينبغى له من ضبط وتحديد واحكام . وان يكن من العسير ـ فى أمر يبلغ من التجريد مثل ما تبلغه فكرة العدل ـ العثور على تعريف محكم جامع مانع .

من أجل ذلك ، تنبغى الاستعانة ـ فى سبيل توضيح فكرة العـدل ـ ببيان ما قد يكون للعدل من صور مختلفة . وهو ما حاوله الفلاسفة والفقهاء ـ الاقدمون منهم والمحدثون ـ حيث قسموا العدل وردوه الى صـور ثلاث تختلف باختلاف أطرافه ، واختلاف الشخص الذى يجب له العدل : فثم عدل يسود علاقات الأفراد ، فيجب للفرد على الفرد ، هو « الصـدل التبادلى » . وثم عدل يسود علاقة الفرد بالجماعة ، وهو اما عدل يجب للفرد على الجماعة فيسمى « العدل التوزيعى » . واما عدل يجب للجمـاعة على الفرد فيعرف باسم « العدل الاجتماعى » . فنعرض بايجاز لكل من هذه الصور الثلاث فيما يلى :

٨٥ ـ العدل التبادلى (La justive commutative)(٢)

يقصد بالعدل التبادلى ذلك العدل الذى يسود علاقات الأفراد ، فيجب

---

(١) انظر ما جاء فى مدونة « جوستنيان » من أن « العدل (هو) حمل النفس على ايتـاء كل ذى حق حقـه ، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار » (عبد العزيز فهمى ، مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى ، ص ٥) .

(٢) راجع فى ذلك :
Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 101 - 105, Théorie générale du droit Nos. 229 . 231. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 62. — Duguit, op. cit., t. I. No. 36, p. 122. — Roubier, op. cit., No. 21, pp. 191 - 194; No. 26, pp. 225 - 230.

للفرد على الفرد . وهو عدل يقوم على أساس من المساواة التامة الكاملة . اذ ما دام للأفراد جميعا نفس الطبيعة ـ لأن كلا منهم انسان كالآخر ـ فلا يتصور أن تقوم العلاقات بينهم الا على قدم المساواة مساواة حسابية بحتة لا عبرة فيها بصفات الأفراد أو اختلاف شخصياتهم .

والأصل في العدل التبادلي عند القدماء ، أنه كان مقصورا على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات ، والتي تولد التزامات متقابلة بين أطرافها . فكان العدل يعني وجود مساواة كاملة بين السلع والمنافع والخدمات المتبادلة . وهو ما يخول لكل طرف الحق في مطالبة الآخر بالالتزام الواقع عليه قبله في شأنها واقتضاء الوفاء بهذا الالتزام ، فالمشترى يقتضي من البائع مثلا تسليم المبيع اليه ، وفي مقابل ذلك يقتضي منه البائع دفع الثمن ، والفرض أن الثمن يساوى قيمة المبيع .

ولكن العدل التبادلي لم يمكث محصورا في هذا النطاق الضيق من العلاقات التعاقدية ، بل جاوز هذا النطاق الى كل ما ينشأ بين الأفراد من علاقات أيا كان مصدرها ، بحيث تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة التامة المطلقة . ومن هنا ، فكل علاقات الأفراد ينبغي أن تقوم على العدل ، بمعنى أنها ينبغي أن تقوم على أساس تساوى الأفراد باعتبارهم أفرادا . وهذا التساوى يقتضي من الأفراد احترام كل منهم لحق الآخر ، اما باعطائه له ، واما بالامتناع عن الاعتداء عليه .

فما هو حق كل فرد الذي يكون احترامه العدل بين الأفراد ؟ . هذا الحق هو ما يخص كل فرد ابتداء أو اكتسابا .

أما ما يخص كل فرد ابتداء فهو وجوده أو كيانه المادى والنفسى . وعلى ذلك فليس من العدل أن يعتدى فرد على كيان فرد آخر ، فينتقص من هذا الكيان بأى شكل كان من أشكال الاعتداء أو الانتقاص ، لأنه حينئذ يأخذ لنفسه ما يخص غيره وما لا يخصه هو فيكون ظالما . فمن الظلم اذن اعتداء

فرد على جسم آخر بالضرب أو القتل ، أو على سمعته بالاهانة أو السب أو القذف ، أو على حريته بالاستعباد والاسترقاق •

وأما ما يخص الفرد اكتسابا فهو ما يكتسبه من بعد ويضيفه الى نفسه كشيء خاص به ، اما استقلالا كاستيلائه على شيء سائب لا مالك له ، وأما نتيجة ما قد يقوم بينه وبين غيره من الافراد من علاقات ارادية أو غير ارادية • والعدل هنا هو اقرار كل فرد على ما اكتسبه ، بطريق الاكتساب المشروع ، لأنه أصبح خاصا به دون غيره من الأفراد •

فالثابت اذن أن العدل في العلاقات بين الأفراد انما يقوم على أساس من التساوى التام فيما لكل فرد من حق احترام الآخر لما يخصه ابتداء أو اكتسابا • فمن العدل اذن وفاء الشخص ما تعهد به لغيره ، ورده ما سلب منه ، وتعويضه عما سبب له من ضرر ، لأنه بعدم الوفاء بتعهده وباعتدائه على مال الغير أو شخصه ، يكون قد انتقص من حق الغير وأضاف الى نفسه ما ليس له ، فأخل بذلك بما ينبغي بين الأفراد من مساواة تامة متبادلة ، فوجب عليه اعادة اقامة هذه المساواة •

٨٦ — العدل التوزيعي (La Justice distributive) (١)

يقصد بالعدل التوزيعي العدل الذى يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، من حيث وجوبه على الجماعة للأفراد • فالجماعة — وهي بصدد توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء العامة على الأفراد — ينبغي أن تراعي في مثل هذا التوزيع اختلاف الأفراد في حاجاتهم وفي مقدرتهم وجدارتهم •

فمثل هذا الاختلاف المحتوم بين الأفراد لا يسمح للجماعة باقامة مساواة تامة حسابية بينهم تتساوى فيها الرؤوس ، كتلك المساواة التي يحققها

(١) راجع في ذلك :

Dabin, Théorie générale du drait, Nos. 232 - 234. — De La Gressaye et Laborde Lacoste, op. cit., No. 68. — Duguit, op. cit. t. I, No. 11, p. 122. — Roubier, op. cit., No. 22, pp. 202 - 205; No. 26, pp. 225 - 230.

العدل التبادلي في العلاقات بين الأفراد ، ولكن هذا الاختلاف يضطر الجماعة الى النزول عن التزام تلك المساواة الحسابية الى نوع آخر من المساواة التناسبية تكون العبرة فيه بتساوي قيم الأفراد أو قيم حاجاتهم • فليس من العدل أن يعامل كل الأفراد نفس المعاملة ، فينالهم نفس النصيب فيما توزعه الجماعة ، وهم ليسوا سواء لا في ملكاتهم ولا في حاجاتهم ولا في قدرتهم أو جدارتهم ، فالعدل في التوزيع لا يتصور اذن بمعاملة الأفراد المتساوين في الحاجة والقدرة معاملة متساوية ، ومعاملة الأفراد غير المتساوين في ذلك معاملة غير متساوية •

وهذا العدل التوزيعي هو الذي يفسر كون المواطنين لا يتساوون مساواة مطلقة في الحصول على الوظائف العامة في الدولة . فليست مثل هذه الوظائف حقا مباحا لكل راغب في شغلها ، وانما هي وقف على من هو أهل لمنها وحمل أعبائها بما يتوافر له من معرفة وخبرة معينة • وهو الذي يفسر كذلك اعطاء الأجراء ذوي الأولاد ـ زيادة على أجورهم الأصلية ـ اعانات عائلية تعينهم على تحمل هذا العبء العائلي وحرمان الاجراء غير ذوي الأولاد منها • وهو الأساس كذلك فيما أصبح شائعا في العصر الحديث من فرض ضرائب تصاعدية ترتفع نسبتها بارتفاع وعائها بحيث يفرق في المعاملة بين الممولين المتفاوتين في المركز المالي تفاوتا كبيرا بما يضمن تحقيق مساواة حقيقية فعلية بينهم في قدر ما يمثل اقتطاع الضريبة من تضحية مالية ، لا مجرد مساواة شكلية بحت في نسبة الاقتطاع المادية •

فمثل هذا النوع من العدل اذن لا ينفي مطلقا فكرة المساواة الواجب تحقيقها بين الأفراد ، فهذه المساواة ما زالت هي أساس العدل التوزيعي ، ولكنها فقط مساواة في القيم تضع كل فرد في المكان العدل حسب حاجته أو قدرته أو كفاءته ، مما يسوي بين الأفراد المتساوين في الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ويفرق بالتالي بين غير المتساوين منهم في ذلك •

٨٧ ـ العدل الاجتماعى (La justice sociale) (١)

أما الصورة الثالثة من صور العدل ، وهى صورة « العدل الاجتماعى »(٢) فيقصد بها ذلك العدل الذى يسود علاقات الافراد بالجماعة ، ولكن من حيث وجوبه على الافراد للجماعة . فالجماعة فى الواقع هى جسم واحد أعضاؤه الافراد ولا يمكن لجسم أن يعيش الا بنشاط كل عضـو من أعضائه النشاط الواجب ، وهذا النشاط الواجب هو النشاط الذى يسهم به كل عضـو فى بعث الحركة والحياة فى الجسم . من أجل ذلك ، كان للجماعة أن تفرض على الأفراد ـ باعتبارهم أعضاءها ـ الواجبات التى يتحقق بقيامهم بهـا صالح الجماعة وخيرها .

فأساس العدل الاجتماعى اذن هو اعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة لا اعتباره كلا قائما بذاته ، ومن هنا كان هذا العـدل تسخير الجزء لخدمة الكل ، أى تسخير الفرد لخدمة الجماعة بقصد تحقيق الخير أو الصالح العام (le bien commun) .

وليس يقصد بالصالح العام صالح فرد من الافراد . ولا صالح فريق أو طائفة من الافراد فذلك محض صالح خاص . ولا يقصد به مجـموع مصالح الأفراد الخاصة فالجمع لا يمكن أن يرد الا على أشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة ، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة فلا يمكن اضـافتها بعضها الى بعض للخروج بحاصل أو ناتج جامع . وانما يقصد بالصالح العام صالح الجماعة ككل ، بمعنى صالح مجموع الأفراد كمجموعة مستقلة منفصلة عن آحاد مكونيها . وصالح مجموع الأفراد كوحدة مستقـلة انما يتولد من الاشتراك بين أفراد هذا المجموع فى غاية واحـدة فهو اذن صالح مشترك

---

(١) راجع فى ذلك :

Dabin, op. cit., Nos. 235 - 289. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 64, 65.

(٢) يطلق بعض الفقهاء على هذه الصورة اسم « العدل القانونى » (La justice légale) أنظر فى ذلك : (Dabin, op. cit., No. 235) .

بينهم أو صالحهم ككل ، بغض النظر عما لكل منهم - كأفراد - من صالح خاص • فالفرد جزء من هذا الكل ، والجزء يتلاشى فى الكل • ويطوى صالحه الخاص أمام صالح الكل أو الصالح العام • فالعدل الاجتماعى اذن هو العدل الواجب للكل على الجزء ، أو هو العدل المحقق لصالح الكل الاجتماعى أو الصالح العام •

وهذا العدل الاجتماعى هو الأساس المبرر للسلطة فى الجماعة تلك السلطة التى يقوم عليها نظام المجتمع • فباسم هذا العدل وتحقيقا للصالح العام ، يخضع الأفراد لسلطة الحكام ، ويملك الحكام على الأفراد حق السيادة أو الامر دون معقب • وباسم هذا العدل كذلك ، يلتزم الحكام بتسخير سلطاتهم لتحقيق الصالح العام وحده فتتقيد هذه السلطات بحدود هذا الصالح لا تعدوه الى غيره من المصالح •

وهذا العدل الاجتماعى هو الذى يبرر مطالبة الفرد بأداء ضريبة الدم والتضحية بحياته فى سبيل صالح المجموع ، وهو الذى يلزمه بالمساهمة فى تدعيم كيان الجماعة بأداء ما يقتضيه الصالح العام من ضرائب مالية •

وهذا العدل كذلك هو الذى يبرر المطالبة بعقاب السارق حتى ولو رد الشىء المسروق الى صاحبه • فهذا الرد ، ان كان يرضى الصالح الخاص للمسروق منه ، ويحقق العدل التبادلى باعادة المساواة التى أخلت بها السرقة ، فهو لا يرضى الصالح العام للمجموع لأنه اخلال بما يجب من أمن ونظام فى المجتمع ، فيكون للجماعة المطالبة بعقاب السارق لاكراهه على التكفير عن جرمه فى حقها بعبثه بصالحها •

٨٨ - اختزال صور العدل الثلاث المتقدمة الى اثنتين : العدل الخاص والعدل العام

تلك هى صور العدل الثلاث عند جمهور الفلاسفة والفقهاء : عدل يجب للفرد على الفرد ، وعدل يجب للفرد على الجماعة ، وعدل يجب للجماعة على الفرد • غير أننا نرى من الأفضل اختزال هذه الصور الثلاث الى صورتين

اثنتين ، بحسب ما اذا نظر الى الفرد باعتباره كائنا منفردا له كيان مستقل أى كلا قائما بنفسه ، أو باعتباره كائنا اجتماعيا لا كيان له الا بالجماعة وفى الجماعة كعضو من أعضائها أى باعتباره جزءا من كل . فعلى أســاس هذه التفرقة فى صــفة الفرد ، يمكن التفرقة بين نوعين من العدل ، العدل الخاص والعدل العام .

أما العدل الخاص فهو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبــارهم أفرادا . وهو يقوم على أساس من المساواة التــامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر فيما له من كيان مستقل . فتقوم علاقات الأفراد اذن على أساس من تبادل الاحترام بين الأفراد كل منهم لكيان الأخر واستقلاله وحقوقه ، وذلك هــو ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلى .

وأما العدل العام فهو الذى يسود علاقات الجماعة بالأفراد باعتبــارهم أعضاء فيها أيا كان من يجب له العدل ، هو الجماعة أم الأفراد . والعبرة فى هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة ، والجماعة باعتبارها هى الكل ، ينبغى لها عدلا أن تهيمن على الجزء ونشــاطه بما يحقق نفــع الكل وخيره . ولذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد انما يرمى الى تحقيق الصالح العام ، لا عن طريق اقامة مساواة مطلقة حســابية وانما عن طريق اقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد – من حيث الحاجــة أو القــدرة أو الكفاءة – بالنسبة الى صالح الجماعة . وهذا العدل العــام ، يشمل ما يعرف بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء(١) .

فالعدل الخــاص اذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الأفراد فيما ينبغى لكل منهم من كيان مستقل . بينما يقوم العــدل العام على أساس من السيطرة ، فالجماعة تسيطر على الأفراد باعتبارهم أعضاءها ، والأفراد بهذا الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

---

(١) راجع فى تحديد مضمون العدل العام على هذا النحو ، وانتقاد الشائع عند الفلاسفة والفقهاء من قصر اصطلاح « العدل العام » على صورة « العدل الاجتماعى » وحدها ، وادخــال صورة « العدل التوزيعى » الى جوار صورة « العدل التبادلى » تحت اصطلاح « العدل الخاص » : كتابنا أصول القانون ، هامش «١» ص ١٩٨ .

ففكرة العدل اذن متراوحة بين تحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفرادا (العدل الخاص) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الأفراد - بوصفهم أعضاء في الجماعة - خدمة للصالح العام (العدل العام) . وهذا التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة استتبع تراوح القانون بين مذهبين يتنازعانه هما المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ، وهو ما نوجز القول فيه على الوجه التالي :

١ - المذهب الفردي(١)

La doctrine individualiste

٨٩ - أسس المذهب الفردي

يقوم هذا المذهب على أساس أن الفرد هو هدف القانون الأسمى فما يوجد القانون الا لحماية حقوق الأفراد وتمكينهم من التمتع بها . ذلك أن الفرد ليس موجودا لخدمة الجماعة ، بل الجماعة هي الموجودة لخدمة الفرد . فالفرد ليس جزءا من كل ، بل هو كل مستقل قائم بذاته ، لأن طبيعته الانسانية تمنحه من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره . ولذلك لا تتصور الحقوق الا للأفراد ، أما الجماعة فلا يقع عليها الا مجرد واجبات : واجب احترام حقوق الأفراد وتمكين تمتعهم بها وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها .

وحقوق الفرد عند هذا المذهب حقوق تفرضها الطبيعة له ، فتولد معه . ذلك أنها حقوق لاصقة بصفة الانسانية التي تلحق الفرد . وهذه الصفة تلحق كل الأفراد فلا تفرق بين أحد منهم . ولذلك يولد الأفراد جميعا

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :
Waline. L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949. — Beudant, le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920. — Duguit, op. cit., t. I, Nos. 18, 19. — Le Fur, Droit individuel et droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos, 3 - 4, pp. 279 - 309. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 387 - 398. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 21, 26.

متساوين في الحقوق تساويهم في الانسانية . وأول هذه الحقوق هو الحرية . وهذا هو ما عبر عنه « اعلان حقوق الانسان والمواطن » الفرنسي في مادته الأولى بقوله « يولد الناس أحرارا ومتساوين في الحقوق » .

فالافراد اذن يدخلون في الجماعة بما تعطيهم الطبيعة من حقوق متساوية ، وهذه الحقوق تفرض على الجماعة ، فتلتزم الجماعة باحترامها ، وكذلك تلتزم بفرض احترام هذه الحقوق على الجميع . غير أن وجود حقوق متقابلة متساوية لدى كل الأفراد ، قد يؤدي إلى تعارضها . وهنا يظهر واجب الجماعة أو الدولة ، كما تظهر ضرورة القانون ووظيفته ، في العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق . وهذا التوفيق لا يتأتى الا بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذي يمكن غيره من استعمال نفس الحقوق(١) ، فهو اذن تقييد متبادل بين كل فرد والآخر ، مما يحقق التكافؤ بين الأفراد ، ذلك التكافؤ الذي تدعو اليه وحدة الطبيعة ووحدة الحقوق بين الناس . وبذلك يقوم تكافؤ وتقابل بين ما لكل فرد من حق ، وما على كل فرد من واجب وتلك هي المساواة التامة المطلقة التي تحقق العدل الخاص أو التبادلي .

فالمذهب الفردي اذن انما عماده الحرية والمساواة المطلقة بين الأفراد ، ولذلك كان المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية . ومن هنا كان هذا التدخل مقصورا على قدر ضئيل هو القدر الضروري فقط لتمكين كل فرد من التمتع بحريته . وفي حدود هذا القدر الضئيل ، أي حيث لا تتعارض حرية الفرد مع حرية الآخرين ، يكون للفرد أن يعمل وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة . ففي تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة . اذ الصالح العام ـ عند هذا المذهب ـ يتحقق آليا بمجرد ارضاء المصالح الخاصة ، لأن الهدف الأسمى لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد وخيره .

---

(١) وهذا ما عبرت عنه المادة الرابعة من « اعلان حقوق الانسان والمواطن » الفرنسي بقولها : « الحرية هي فعل كل ما لا يضر بالغير . ولذلك ليس لاستعمال الحقوق الطبيعية لكل فرد من قيود الا تلك التي تكفل لباقي الأعضاء في الجماعة التمتع بنفس الحقوق » .

وقد نادى هذا المذهب ، بنظرته المنتريبية الى تدخل الدولة وحصر هذا التدخل في أضيق نطاق مما يجعل دور الدولة مجرد دور سلبي ، الى ترك الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم بمحض ارادتهم ، اى الى اعتناق مبدأ سلطان الارادة (L'autonomie de la volonté) • فاحتل العقد دورا يفوق دور المشرع فى حكم العلاقات بين الافراد • وأصبح شعار هذا المذهب أن ما تنعقد عليه ارادة المتعاقدين هو العدل •

فالأفراد ـ وهم يقفون على قدم المساواة القانونية أيا كانت الفروق الاقتصادية والاجتماعية بينهم ـ يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه بنفسه بما له من حرية الارادة • وليس من وظيفة الدولة ولا من وظيفة القانون التدخل لاقامة وصاية على الأفراد فيما يريدون وفيما يعقدون من عقود ، بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود من المتعاقدين أو أخلت بصالحه • فما دام التكافؤ قائما بين المتعاقدين والتساوى محققا بينهما من حيث توافر حرية الارادة لدى كل منهما ، فما يقضى به العقد هو العدل الملزم ، ولا ينفع فى التحلل منه أن يكون قد لحق أحد المتعاقدين غبن فاحش ، أو لزمته شروط جائرة مرهقة • وتلك على أى حال سنة الحياة ، فالتنازع والتنافس بين مصالح الأفراد الخاصة ، انما ينحسم بقانون السوق لا بقانون الجماعة أو ارادة الدولة •

فالثابت اذن أن المذهب الفردى كان يقنع بتحقيق التكافؤ بين الأفراد باقامة مساواة مطلقة بينهم ، على اعتبار أن كلا منهم شخص كالآخر له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ، أى كان يقنع بتحقيق العدل الخاص أو التبادلى ، دون أن يتطاول الى تحقيق العدل العام بتمكين الجماعة من السيطرة على الأفراد سيطرة تنفذ فيهم حكم الصالح العام •

٩٠ ـ تقدير المذهب الفردى

كان ظهور المذهب الفردى طبيعيا وضروريا فى الزمان الذى ظهر فيه ، حيث اشتد تحكم الدولة وكثرت الفوارق الطبقية بين الأفراد ، ومن هنا ، راج هذا المذهب وانتشر على يد فلاسفة وكتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر ،

ثم شق طريقه فهيمن على الثورة الفرنسية حتى اعترفت به اعترافا رسميا فى وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » . ثم ظلت له السيادة فى عالم القانون والسياسة ، فوضعت فى ظله وتحت تأثير تعاليمه أغلب التقنينات والقوانين التى صدرت فى النصف الأول من القرن الماضى .

ولئن كان هذا المذهب لا ينكر فضله في الدعوة الى محاربة استبداد الدولة وطغيانها ، ولا يجحد أثره في التمهيد للاعتراف بقيمة الإنسان ككائن حر الارادة والنشاط ، وتقرير المساواة بين الأفراد فى الحقوق والواجبات على السواء ، فان أخطاره ما لبثت أن تكشفت بما جره اطلاق الحرية للأفراد واطلاق المساواة بينهم من عواقب وخيمة ونتائج ظالمة . فانه اذا كانت طبيعة الافراد واحدة ، اذ تجمعهم الانسانية ، وهم من هذه الوجهة متساوون ، الا أن الطبيعة نفسها قد أوجدت بينهم من الفروق فى الحاجة وفى القدرة ما يتعذر معه الاصرار على القول بمساواة مطلقة بينهم ، بل تكون المساواة المطلقة هنا ضربا من انكار الواقع .

واطلاق الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم كما تشاء ارادتهم - مع ما هو ثابت من عدم تساويهم فى الواقع وخاصة من ناحية القوة الاقتصادية - أدى الى أن تصبح هذه الحرية أداة فى يد الأقوياء لتشديد القبضة على الضعفاء وتسخيرهم لقضاء مصالحهم . فمكنت الحرية الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرها ، مما جعل الرأسماليين قوة ضخمة تتحكم فى العمال وتفرض عليهم من الشروط الجائرة والأجور البخسة ، ما لم يكن لهم بد من قبوله أمام مطالب العيش الملحة ، وكل ذلك باسم الحرية والمساواة ومبدأ سلطان الارادة(١) . وكذلك مكنت حرية التعاقد بعض الأفراد من التحكم فى البعض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب فى السوق اختلالا كبيرا . فالملاك يتحكمون فى المستأجرين ، والبائعون فى المشترين ، بالارتفاع بالأجر أو الثمن ارتفاعا فاحشا . فضاعت الحرية الحقيقية للمتعاقدين ، وأصبحت

---

(١) راجع فى ذلك : كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، ص ٢٤ - ٢٨ .

مجرد املاء من طرف على طرف ، بعد أن صار القول الفصل لقانون العرض والطلب ٠

وبذلك انتهى المذهب الفردى الى الاضرار بالصالح العام للجماعة . وظهر فساد اعتقاده فى أن هذا الصالح يتحقق آليا بمجرد تحقيق الصالح الخاص ، فالأفراد ـ وهم يجرون وراء مصالحهم الخاصة ـ لا يلقون بالا الى تحقيق الصالح العام ، بل كثيرا ما يحققون مصالحهم الخاصة على حساب الصالح العام ٠ وتمكن بعض الأفراد من تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب البعض الآخر نظرا لما يملكون عليهم من قوة اقتصادية مسيطرة بخلق جوا من القلق والتذمر الاجتماعى ليس من صالح الجماعة وجوده ٠

كل هذه النتائج الظالمة التى أفضى اليها تطبيق المذهب الفردى قد تولدت من أن هذا المذهب ـ وقد نبت للحد من طغيان الدولة فوضع أمام هذا الطغيان حاجزا مما سماه بالحقوق الطبيعية للانسان التى يتساوى فيها كل الأفراد ـ قد أغفل حقيقة أساسية هى وجود الجماعة ، كوحدة تربط بين أفراد متعاونين متضامنين ، لا كمجرد اطار صناعى يضم أفرادا منعزلين مستقلين : فلم ينظر الى الجماعة على أن لها حقوقا كما للأفراد حقوق ، وان لها صالحا يقتضيها التدخل لمنع طغيان بعض المصالح الخاصة على البعض الآخر نتيجة اطلاق الحرية للأفراد مع انعدام التكافؤ الفعلى بين قواهم ٠

وبذلك ظهر أن العدل الخاص أو التبادلى ليس بالعدل الذى يمكن أن تقوم عليه وحده قواعد القانون ، التى تفترض وجود الجماعة ككل مستقل عن أجزائه ٠ فمثل هذا العدل ـ ان كان يكفى وحده فى العلاقات بين أفراد منعزلين مستقلين ـ لا يصلح كأساس وحيد لحكم العلاقات بين أفراد يكونون ـ كأجزاء متماسكة ـ بناء جماعة واحدة ، ويجمعهم هدف واحد وصالح مشترك هو صالح هذه الجماعة ٠

كل أولئك أدى الى تكاثر الهجمات على المذهب الفردى عنيفة قاسية ، وما لبثت هذه الهجمات أن تجمعت وتبلورت حتى خرج منها « المذهب الاجتماعى » الذى كان له أكبر الفضل فى تطوير القانون والانتقال به

وبالدولة من الدور السلبى الذى اضطرهما اليه المذهب الفردى ، الى دور ايجابى يقوم على التدخل فى نشاط الأفراد بما يحقق الصالح العام ٠

٢ - المذهب الاجتماعى(١)

La dotrine socialiste

٩١ - اسس المذهب الاجتماعى(٢)

بقدر ما كان المذهب الفردى متطرفا فى تقديس الفرد كغاية فى ذاته والاعتراف بحقوقه الى حد التغاضى عن حقوق الجماعة وصالحها ، بقدر ما جاء المذهب الاجتماعى متطرفا فى الناحية المقابلة أى فى تقديس الجماعة وتغليب صالحها على الصالح الخاص ٠

فالمذهب الاجتماعى لا يعنى - كالمذهب الفردى - بالانسان كفرد فى ذاته منعزل ومستقل عن غيره من الناس ، ولكنه يعنى به ككائن اجتماعى مرتبط بغيره من الناس ومتضامن معهم فى سبيل تحقيق صالح الجماعة التى تضمهم ٠ فالجماعة اذن - لا الفرد - هى الهدف الأسمى من الوجود لأنها غاية فى ذاتها وليست أداة أو سيلة لغيرها من الغايات ، ولذلك كانت هى القيمة العليا التى ينبغى حمايتها والتمكين لصالحها وخيرها ٠

ومن هنا ينبغى تسخير الأفراد لخدمة الجماعة ، فيساهم كل منهم بنصيب فى تحقيق الصالح العام المشترك ، وهم بذلك يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة لأن الصالح الخاص لكل فرد ينبغى أن يكون هو نفس الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه ، بل كيانه بالجماعة التى هو عضو

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Le Fur, article précité. — Radbruch, article précité. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 22, 26. — Waline, op. cit., pp. 85 - 88.

(٢) نفضل وصف هذا المذهب بأنه « اجتماعى » لا « اشتراكى » كما يفضل كثير من الفقهاء والكتاب ، لأنه اذا كان يضم الاتجاه الاشتراكى فليس محصورا فيه ولا قاصرا عليه وحده ٠

من أعضائها ، فتحقيق صالح الجماعة يحقق اذن بالتبعية وآليا صالح الأفراد ، لأن الخير الذى يصيب الكل يتوزع على الأجزاء · فنقطة الابتداء اذن - ان كانت عند المذهب الفردى هى الفرد وصالحه الخاص باعتبار أن خير الفرد يستتبع خير المجموع وصالحه - تصبح عند المذهب الاجتماعى هى الجماعة وصالحها ، باعتبار أن خير المجموع هو الذى يستتبع خير الفرد وصالحه ·

فالمحور الذى يرتكز عليه المذهب الاجتماعى هو اعتبار كل فرد جزءا من الجماعة ، لا مجرد انسان مستقل عن غيره من الأفراد · أى أن المذهب الاجتماعى لا ينظر الى الفرد - كما يفعل المذهب الفردى - باعتباره مجرد انسان لا يختلف عن غيره من الأفراد من هذه الناحية ، وانما ينظر اليه ككائن اجتماعى ، أى كفرد له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره من الأفراد أعضاء الجماعة ، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور الذى يقوم به فى الحياة الاجتماعية ، أو بوجه عام ينظر الى الفرد باعتبار حالته من القوة أو الضعف الاجتماعى ·

فالمذهب الاجتماعى يبصر اذن بالفروق الواقعية الموجودة بين الأفراد فى الحياة ، على خلاف المذهب الفردى الذى يغفل هذه الفروق لأنه لا يعنيه من الأفراد الا أنهم محض أفراد مجردين من أى وصف آخر · من أجل ذلك قام المذهب الفردى على العدل الخاص أو التبادلى الذى يسوى بين الأشخاص ، بينما قام المذهب الاجتماعى على العدل العام (التوزيعى والاجتماعى) الذى يسوى بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقا لمقتضيات الصالح العام · وبذلك هجر المذهب الاجتماعى مبدأ التكافؤ بين الأفراد - الذى يدعو اليه المذهب الفردى ، والذى كثيرا ما ينقلب بفعل ظروف الحياة واختلاف القوى بين الأفراد الى تسلط بعض الأفراد على بعض - واعتنق مبدأ السيطرة الذى يضمن التسلط - لا لفريق من الأفراد على فريق - ولكن للجماعة وحدها على أفرادها باعتبارهم أعضاءها ، بما يضمن فى ميزان الصالح العام التفاضل بين مختلف ما يتعلق بالأشخاص من قيم ·

كل ذلك أدى بالمذهب الاجتماعى الى دعوة الجماعة الى تشديد قبضتها

على الأفراد والتدخل في نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمي الضعفاء من تحكم الأقوياء ، فكبرت بذلك عنده مهمة الدولة وعظم أثر القانون وانبسط على مختلف آفاق النشاط في الجماعة . فتقلص بذلك أو كاد مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد في منطق هذا المذهب . اذ الصالح العام يخول للدولة أن تتدخل لاقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق في فريق بالاستناد الى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية .

٩٢ - تقدير المذهب الاجتماعي

ذلك هو فقه المذهب الاجتماعي ونتائجه . وليس ينكر عليه فضله في كبح جماح الفردية المتطرفة وما تجره من طغيان الأقوياء وتحكمهم في الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة . ولكن المذهب الاجتماعي - كالمذهب الفردي - لم يخل من تطرف ومغالاة : فان كان المذهب الفردي يضحي بالجماعة لصالح الفرد فيسخرها لخدمته وكفالة حقوقه وحريته ، فالمذهب الاجتماعي يضحي بالفرد لصالح الجماعة فيجعله وقفا على خدمتها ، ولا يتحرج في سبيل ذلك من اهدار حرية الفرد ، وتشديد قبضة الدولة عليه - وهي تهيمن على كل نشاطه - تشديدا لا تؤمن عواقبه ، اذ لا يلبث أن يدفع بها الى التحكم والاستبداد .

٩٣ - ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي(١) أو بين العدل الخاص والعدل العام

من كل ذلك نخلص بأن المذهبين الفردي والاجتماعي متطرفان كل منهما في الناحية العكسية للآخر ، تطرفا يؤدي في الناحيتين الى نتائج غير مقبولة .

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 236 - 242. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 56 - 60. — Le Fur, article précité. — Réglade, op. cit., pp. 53 - 55.

فبينما يسوق المذهب الفردى ـ بمنطقه في تقديس الفرد وحريته ـ الى تحكم فريق من الأفراد في فريق بما لهم من غلبة اقتصادية أو اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعى ـ بمنطقه في تقديس الجماعة وصالحها ـ الى تحكم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الأفراد واهدارها لمصالحهم الخاصة ، مما قد يقضى على الدافع الشخصى لدى الأفراد فيما يقومون به من نشاط فى الحياة فلا يلبث أن ينعكس أثر ذلك على الجماعة نفسها وعلى الصالح العام ٠

ومن أجل ذلك لا يتأتى الأخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الآخر ٠ فضلا عن أن كلا منهما انما يعبر عن حقيقة أساسية لا ينبغى اغفالها فى شأن تكوين القاعدة القانونية : فالمذهب الفردى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن فردى له شخصيته وكيانه الذاتى واستقلاله عن غيره من الناس والمذهب الاجتماعى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن اجتماعى ، أى ككائن يعيش فى الجماعة كعضو من أعضائها فيعتبر جزءا منها لا كيان له الا بها ٠ والخطأ انما يأتى من قصر النظر الى حقيقة دون الأخرى ، فالقول بالمذهب الفردى انما يغفل فى الانسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعى انما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحريته ، بينما الانسان لا يمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والا صار مجرد آلة تعمل فى جهاز ضخم كبير دون عقل أو ارادة ، وكذلك لا يمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعيته ، والا انقلب الأمر فوضى منطقها الغلبة للقوة ٠

كل ذلك يحتم الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى ، واقامة قواعد القانون ـ على هدى هذا الجمع ـ بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ، مما يتيح تحقيق صالح الفرد دون اهدار صالح الجماعة ، والتمكين لخير الجماعة ولكن ليس على حساب حقوق الفرد وحريته ٠ أى أن القواعد القانونية ينبغى أن توفر للفرد ما يحتاجه من كيان ذاتى مستقل عن طريق كفالة حريته وتمتعه بحقوقه ، وان توفر للجماعة فى نفس الوقت ما تحتاجه من كيان جماعى متماسك يتضامن فيه الأفراد وتنصهر جهودهم خدمة للصالح العام المشترك بينهم ٠ وبقدر توفيق القواعد القانونية فى تحقيق صالح الفرد وصالح الجماعة والموازنة بينهما بما لا يهدر أحدهما ،

تكون صلاحيتها وقدرتها على اقامة العدل فى الجماعة .

ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذى ينبغى على القواعد القانونية تحقيقه . فليس هو مجرد العدل الخاص الذى يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل - وقوى الأفراد متفاوتة أشد التفاوت فى الواقع - من تحكم الأقوياء فى الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب الصالح الخاص . وليس هو مجرد العدل العام الذى يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الأفراد سيطرة الكل على الجزء فيستهدف تحقيق الصالح العام دون اعتبار للصالح الخاص ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل من تحكم الدولة وكبت الحريات واهدار حقوق الأفراد . وانما هو مزاج بين هذا العدل وذاك ، أى مزاج بين ما يجب من تكافؤ الفرد وتساويه مع غيره من الأفراد مساواة مطلقة فى الحقوق والواجبات ، وبين ما يجب من تسخير الفرد لخدمة الجماعة واخضاعه - تبعا لذلك - لمقتضيات الصالح العام ، مما لا تتحقق به مساواة مطلقة بين الأفراد ، وانما مجرد مساواة نسبية تكون العبرة فيها بتساوى القيم التى تلحق الأفراد من حيث درجة تحقيقها للصالح العام .

فالتوازن اذن ينبغى أن يتحقق بين العدل الخاص والعدل العام ، بمعنى أن يحد كل منهما من التطرف الذى قد يندفع اليه الآخر . فالمساواة المطلقة - ان كانت واجبة بين الأفراد - الا أن على الجماعة أن تتدخل للحد مما قد تفضى اليه هذه المساواة من اضرار بالصالح العام . والصالح العام - ان كان يبيح للجماعة فرض سيطرتها على الأفراد وتسخيرهم لخدمتها مما قد يهدر بعض المصالح الخاصة - الا أن سلطة الجماعة فى هذا الشأن ليست مطلقة ، بل هى مقيدة باحترام مقومات الفرد الأساسية . أى أن الحرية والمساواة بين الأفراد انما يحد من اطلاقها وانطلاقها الصالح العام . وسيطرة الجماعة وهيمنتها على أعضائها باسم الصالح العام انما تتقيد باحترام حقوق الفرد الجوهرية(١) .

(١) فى هذا المعنى :
Réglade, op. cit., pp. 54, 55. — Roubier, op. cit., No. 28, p. 242.

- وأيا كان الأمر ، فالاتجاه اليوم في القانون الحديث في كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردى والاجتماعي بما يوازن بين العدل الخاص والعدل العام . وان يكن المذهب الاجتماعي هو السائد بصورته المطلقة في بعض الدول التي تنتصر فيها الشيوعية أو الفاشية أو النازية ، حيث يعتبر هو مجرد العدل العام عن طريق تحقيق الصالح العام وحده ، باعتبار أن الفرد ما هو الا كائن اجتماعي لا وجود له الا في الجماعة وبالجماعة ، فلا يتصور له صالح غير صالحها مما يجعله مسخرا في خدمتها . أما المذهب الفردى الذى كان سائدا حتى أواسط القرن الماضي في قوانين أغلب الدول فقد تقلص اليوم ظله بما كان عليه من صورة مطلقة لا تعرف من العدل الا العدل الخاص ، بعد أن تكشفت في العمل أخطاره وأضراره . فدخلت النزعة الاجتماعية في هذه القوانين تكبح جماح الفردية الصارخة وتحد مما يجره العدل الخاص من نتائج ظالمة عن طريق موازنته بالعدل العام .

فالتقنين المدني الفرنسي مثلا الذى ما زال معمولا به الى اليوم ، صدر في مفتتح القرن الماضي مشبعا بروح المذهب الفردى وقام في أغلب قواعده على أساس العدل الخاص . ولكن القضاء الفرنسي لم يقف مكتوف اليدين أمام أخطار الفردية المطلقة . فما لبث أن أفسح المجال للمذهب الاجتماعي وللعدل العام يوازن به العدل الخاص ويحد من غلوائه ، حتى غدا التقنين المدني الفرنسي بعد أكثر من قرن ونصف من الزمان من صدوره - بعيدا عن النزعة الفردية المطلقة التي نبت في ظلها .

وكذلك الشأن في القانون المصري : فلقد كان للقضاء المصري جهد مشكور في الحد من النزعة الفردية المطلقة التي ورثها التقنين المدني القديم عن التقنين المدني الفرنسي ، بما أقر من نظريات اجتماعية الصبغة كنظرية التعسف في استعمال الحق . ثم جاء التقنين المدني الحالي صورة من الاعتدال بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، فلا هو يسخر الفرد لخدمة الجماعة

ولا هو يضحي بصالح الجماعة لمصلحة الفرد(١) ، وانما يقيم توازنا بين حقوق الفرد وحريته كما يحتم احترامها العدل الخاص ، وبين حقوق الجماعة وصالحها كما يفرض احترامها العدل العام .

فلئن يكن يعترف بحرية الارادة وسلطانها في ترتيب الآثار القانونية ، الا أنه لا يطلق لهذه الحرية العنان ، بل يورد عليها من القيود ما تحتمه رعاية الصالح العام : فارادة المتعاقد مقيدة بألا تستغل في شخص المتعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا ، توصلا الى غبنه وتحميله بالتزامات لا تتعادل البتة مع ما يحصل عليه من فائدة (م ١٢٩) . والارادة كذلك مقيدة في حالة عقود الاذعان التي يقتصر القبول فيها على تسليم طرف بما يضعه الطرف الآخر من شروط مقررة لا يقبل المناقشة فيها ، كعقود توريد النور والماء والغاز ، فللقاضي - اذا كانت هذه الشروط تعسفية - أن يعدلها أو يعفي الطرف المذعن منها (م ١٤٩) .

ولئن يكن التقنين المدني الحالي كذلك يعترف بالحقوق للأفراد ويكفل تمتعهم بها واستعمالهم لها ، فيحمي بذلك الفرد في أخص مقومات كيانه ، الا أنه لا يغفل حماية الجماعة من خطر الاستعمال المطلق للحقوق والتعسف فيه ، فيخضع استعمالها لرقابة القضاء (م ٤ و ٥) .

وكذلك فان هذا التقنين لا يقنع بتطبيق العدل الخاص فيأمر بتنفيذ العقد رغم تغير الظروف ، بل يجيز للقاضي - اذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد ، مما يصير معه التنفيذ مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة - أن يرد الالتزام المرهق للمدين الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين (م ١٤٧/٢) .

---

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٦٩ .

وكذلك فان المشرع المصرى عدل عن اطلاق مبدأ سلطان الارادة فى تنظيم عقد العمل وحكم العلاقة بين أصحاب العمل والعمال ، فتدخل فى هذا المجال بتشريعات ونصوص آمرة ـ يضمها الآن « قانون العمل » و « قانون التأمينات الاجتماعية » ـ بما يحفظ حقوق العمال ومصالحهم ويمنع استغلال أصحاب العمل لهم ٠

وكذلك اضطر المشرع المصرى ـ أمام اشتداد أزمة المساكن ومغالاة ملاكها فى الارتفاع بايجاراتها ارتفاعا بالغا ـ الى التدخل أكثر من مرة لفرض تخفيضات كبيرة لأجرة المساكن ، دون أن يترك مبدأ سلطان الارادة يشل حركته فى هذا المجال ، وهو بذلك يحقق الصالح العام للجماعة ويترك فى نفس الوقت للملاك القدر العادل المشروع من الأجرة ٠

ثم أتيح لهذا الاتجاه الوسط بين النزعتين المتطرفتين الفردية والاجتماعية أن يستقر ويتأكد أخيرا عندنا فى أحفل المناطق حساسية وأكثر الموضوعات محكا للاختلافات بين النزعتين ٠ فمنذ ما غدت الاشتراكية العربية هى المذهب الرسمى للدولة نشط التشريع فى تحقيق أهدافها من كفالة الصالح العام للجماعة دون اهدار لصالح الفرد أو حقوقه محققا بذلك توازنا عادلا بين النزعة الاجتماعية المتطرفة والنزعة الفردية الصارخة : فقوانين التأميم المختلفة تمكن الدولة من السيطرة على الانتاج وتوجيهه أساسا لصالح الجماعة. ولكن ذلك لا يعنى اهدار حقوق حملة هذه الأسهم ، فالدولة لم تستول عليها مصادرة دون تعويض ، وانما التزمت بسداد قيمة ما آل اليها منها بموجب سندات اسمية عليها لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤ فى المائة سنويا ٠ وكذلك الشأن فى باقى التشريعات الأخرى التى قررت تخصيص نسبة ٢٥ فى المائة من الأرباح المعدة للتوزيع لموظفى وعمال الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة والاحتفاظ بالباقى أى ٧٥ فى المائة من هذه الأرباح للمساهمين(١) ، وحظرت تعيين أى شخص فى أكثر من وظيفة واحدة سواء فى الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات لو

---

(١) القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦١ ٠

الجمعيات أو المنشآت الاخرى(١) . فكل هذه التشريعات قد استهدف المشرع من ورائها تحقيق الصالح العام ، بتمكين الدولة من ادارة الاقتصاد وتخطيطه وفق ما يمليه هذا الصالح ، وبالتقريب بين دخول الافراد تمهيدا لتذويب الفوارق بين الطبقات . وبمحاربة نفوذ واستغلال كبار الملاك والرأسماليين والاقطاعيين ، ولكنه كان حريصا فيها على عدم اهدار مصالح وحقوق الأفراد الذين يضارون منها اهدارا كاملا مكتفيا بالحد منها بالقدر الضرورى لتحقيق هذا الهدف .

٩٤ ـ القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل

اذا كان العدل هو أساس القاعدة القانونيـة والعنصر الأهم فى تكوين جوهرها ، فمقتضى ذلك أن القانون الوضعى ينبغى أن يستلهم فى أحكـامه مبادىء العدل ، وأن يتقيد بها فيما يقرر من تكاليف ، فلا يجاوز حدودها . ولكن يحدث كثيرا فى العمل أن يتضمن القانون الوضعى أحكاما ظالمة تناقض المثل الأعلى للعدل . وهنا تتنازع الأفراد قوتان : قوة الدولة أو قوة الجماعة المادية التى تفرض طاعة القانون الوضعى ، وقوة العقل المعنوية التى تفرض طاعة المثل الأعلى للعدل . وبين هاتين القوتين تتوزع وتتراوح آراء الفـلاسفة والكتاب والفقهاء(٢) .

فمنهم من يغلب قوة العدل على قوة السلطان ، فيبيح تحدى قوى الدولة فيما تفرضه من قوانين ظالمة ، ويتدرج فى ذلك من مجرد العصيان الى الثورة، وهو ما أخذت به الثورة الفرنسية فيما أعلنته من حقوق الانسان ، اذ اعتبرت بعض دساتيرها حق الثورة على الظلم ومقاومته ضمن هذه الحقوق . ولكن هذا الحل ـ وان يكن حلا منطقيا تمليه هيمنة فكرة العدل على القانون الوضعى ـ

---

(١) القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦١ .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. IV, Nos. 288 - 300, — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, notamment Nos. 219 - 237. — Roubier, op. cit., No. 19, pp. 178 . 184. — Duguit, op. cit., t. III, notamment Nos. 98, 101.

الا أن الاعتراف به كحل قانونى قد يبذر بذور الفوضى فى الجماعة ، فيتخذه كل فريق أداة لتحقيق أغراضه وأهوائه لا لتحقيق العدل فى ذاته ، كما قد يغرى الأفراد بكثرة الالتجاء اليه مما يضعف سلطان الدولة وهيبتها فيفقد العدل بذلك القوة التى تحرسه وتكفل احترام أحكامه فى الجماعة .

من أجل ذلك يتجه الفقه الحديث الى البحث عن حل داخل نطاق النظم القانونية الوضعية نفسها فيضع أمله فى القضاء ، وينتظر منه شل القوانين الظالمة عن طريق رقابته لدستوريتها أى البحث فى مدى موافقتها للدستور الذى يتضمن عادة كثيرا من مبادىء العدل وقواعده أو على الأقل ينتظر منه الحد من مدى هذه القوانين الظالمة بما يملك من حرية واسعة فى التفسير .

***

٩٥ ـ خلاصة هذا الباب

على هذا النحو نكون قد انتهينا من الباب الأول فى بيان العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، أو فى بيان تكوين القاعدة القانونية من حيث الموضوع . وقد رأينا أن هذا التكوين انما يرد الى عنصرين اثنين : عنصر الواقع من حقائق الحياة فى الجماعة ، وعنصر المثل الأعلى للعدل ، الذى يقوم هذا الواقع ويفرض الواجب فيه . وهذا مذهب يتوسط بين فقه المدرستين المتقابلتين فى التطرف فى هذا الصدد ، المدرسة الواقعية والمدرسة المثالية .

فالقاعدة القانونية اذن ينبغى ان ترضى ـ بما يوافق العدل ـ ما يكشف عنه الواقع من حاجات الجماعة والأفراد فيها .

الباب الثانى

شكل القاعدة القانونية

٩٦ ـ تمهيد وتقسيم

تكلمنا فى الباب السابق عن جوهر القاعدة القانونية والعناصر المكونة له . غير أن هذا الجوهر ـ ككل مادة أولية ـ يحتاج الى اعطائه الشكل أو التعبير الذى يصلح به فى التطبيق العملى . فهو يعرض عاما مبهما ، فيحتاج الى تحديد مضمونه تحديدا عمليا عن طريق الصياغة الفنية الدقيقة . وهو يعرض كذلك مجردا من قوة عملية تلزم الأفراد به وتحملهم جبرا على احترامه ، فيحتاج الى سلطة تفرضه وتعطيه قوة الالزام الايجابية فى نطاق العمل ، أى تعطيه صفة القواعد القانونية الوضعية .

من أجل ذلك نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول ـ فى صياغة القاعدة القانونية .

الفصل الثانى ـ فى اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل .

الفصل الأول

صياغة القاعدة القانونية(١)

٩٧ ــ دور الصياغة وأهميته فى تكوين القاعدة القانونية

قلنا ان القاعدة القانونية تتكون أولا كجوهر أو مادة أولية مما يمليه المثل الأعلى للعدل فى شأن ما يفصح عنه واقع الحياة الاجتماعية من حاجات مختلفة · فكأن الجوهر اذن يحدد الغاية الواجب ادراكها فى شأن هذه الحاجات · وهذه الغاية لا بد لها ــ كى تتحقق ــ من وسائل وأدوات معينة · هذه الوسائل والأدوات هى أساليب الصناعة أو الصياغة التى تخلق من الجوهر الأولى قاعدة عملية تصلح للتطبيق فى الحياة الاجتماعية · ومثلها فى صناعة القاعدة القانونية وصياغتها كما يفصح عنها جوهرها كمثل آلات المصانع وعددها التى تمتد الى مادة أولية كالقطن مثلا لتحيله الى ما هو مهيأ له من نسيج يصلح للاستهلاك الانسانى ·

فصناعة القاعدة القانونية وصياغتها اذن عملية ضرورية لترجمة جوهرها الأولى النظرى وتحويله الى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلى فى المجتمع الذى توجد لتنظيمه ، عن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة كفيلة بهذا التحويل · وبذلك يمكن تعريف الصناعة أو الصياغة القانونية (La technique Juridique) بأنها مجموع الأدوات التى تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملى اخراجا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها ، أو أنها هى عملية الاخراج الفعلى للقاعدة القانونية بما يحقق الهدف من فرضها ·

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. III. — Dabin, la technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, 1935; Théorie générale du droit, Nos. 166 - 196. —Perrot. De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 59 - 63.

والصناعة أو الصياغة القانونية على هذا النحو عنصر هام من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، فهى التى تعطى لها الشكل العملى أى الشكل الذى تصلح للتطبيق به في نطاق العمل • ومن هنا يتوقف على الدقة فى الصياغة القانونية وتخير أدواتها ، جانب كبير من نجاح القاعدة القانونية وتوفيقها • فمن تؤدى مثل هذه الصياغة الغرض منها الا اذا اختيرت أدواتها اختيارا يضمن — على أفضل وجه وأحسنه — التحقيق العملى للجوهر الأولى للقاعدة القانونية • ذلك أن الصياغة لا يعمد اليها الا للتعبير تعبيرا فنيا عمليا عن هذا الجوهر ، فهى اذن مسخرة فى خدمته وبما يحقق غايته •

وسنعرض فيما يلى لانواع الصياغة القانونية ثم لطرقها المختلفة •

المبحث الأول
أنواع الصياغة القانونية

٩٨ — تمهيد

اذا كانت الصياغة تعمد الى تحديد مضمون القاعدة القانونية تحديدا عمليا ، فانها تتراوح بهذا التحديد تراوحا كبيرا بين الاحكام الصارم وبين الاسلاس المرن • فهى قد تحدد هذا المضمون تحديدا جامدا محكما يربط القاضى ويقيده تقييدا صارما ، وهى قد تترخص فى تحديد هذا المضمون ترخصا يترك للقاضى حرية واسعة وسلطانا كبيرا فى التقدير والتطبيق • فالصياغة القانونية اذن نوعان : صياغة جامدة rigide ، وصياغة مرنة souple • فنعرض على التوالى لكل من هذين النوعين •

٩٩ — الصياغة الجامدة

تواجه هذه الصياغة فرضا معينا تعطيه حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض • ولذلك فهى تحقق

ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعة لها أو الحل المطبق عليها . ومن هنا يكون عمل القاضى ، الذى يدعى الى تطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة ، عملا شبه آلى . اذ تقيده هذه الصياغة بحدبدها الصارم المحكم تقييدا لا يستطيع معه الا أن يتثبت من حصول الوقائع التى تندرج تحت ما تتضمنه القاعدة من فرض معين ، وحينئذ لا يملك الا أن يعطيها الحل الثابت الذى تتضمنه هذه القاعدة .

فالقواعد التى تحدد مواعيد الطعن فى الأحكام ، بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس اعادة النظر ، قواعد تصاغ صياغة جامدة مقيدة للقاضى ، اذ بفوات الميعاد المحدد لا يملك القاضى الا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد . وكذلك تبدو الصياغة القانونية الجامدة فى القاعدة التى تقضى بأن كل شخص جاوز الحادية والعشرين سنة ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (م ٤٤ مدنى) ، وفى القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع ومنع قسمة الشىء الشائع لمدة تجاوز خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى) .

١٠٠ ــ الصياغة المرنة

لا تعطى هذه الصياغة للقاعدة القانونية صفة ثابتة محددة وانما تعطيها نوعا من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة تتسع به ــ عند التطبيق ــ لادخال الملابسات الخاصة بكل حالة فردية فى الاعتبار . فهى اذن لا تضع للقاعدة القانونية حلا ثابتا واحدا لا يتغير بتغير الحالات التى تندرج تحت الفرض الذى تواجهه ، وانما تقنع باعطاء القاضى معيارا متوسطا للسلوك يستهدى به فيما يعرض عليه من أقضية ، فيقوم بموافقته على خصوصيات كل حالة أو قضية تعرض أمامه مما يمكنه من تنويع الحلول والتفاوت بها بتفاوت الحالات وتفاوت ظروفها وملابساتها . وبذلك تبسط الصياغة المرنة للقاضى فى حرية التطبيق ، فتمنحه ــ بما ترسم من موجه عام ــ سلطة تقديرية واسعة .

ومن أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التى تخول للجار الرجوع على جاره بطلب ازالة ما يسببه له الجار من مضار تتجاوز الحد المألوف أو التعويض

عنها (م ٢/٨٠٧ مدنى) • فمثل هذه الصياغة لا تقيد القاضى بقاعدة جامدة ثابتة فى شأن أضرار الجوار بل تترك له حرية واسعة فى تقدير هذه الأضرار مستهديا بما ترسمه من موجه عام ومعيار مرن هو معيار المضار المألوفة فى الجوار • فيستطيع بذلك مطابقة مثل هـذا المعيار المرن على خصوصيات كل حالة فردية من حالات النزاع الناشىء عن الجوار معتدا فى ذلك بالظروف والملابسات الخاصة كطبيعة العقارات وموقعها والغرض المخصصة له • وقد مكنت مرونة هذا المعيار القضاء من مواجهة ما استتبعه التقدم الصناعى فى العصر الحديث من أنواع جديدة من المضار غير المألوفة للجوار واعطائها ما يناسبها من حلول(١) •

وكذلك تعتبر من أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التى تجيز للواهب الالتجاء الى القضاء طالبا الترخيص له فى الرجوع فى الهبة متى كان يستند الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٢/٥٠٠ مدنى) • فمعيار العذر المقبول الذى ترسمه هـذه القاعدة معيار مرن كل المرونة ، يتيح للقاضى الكشف عما يعتبر عذرا مقبولا بالنسبة لكل حالة على حدتها آخذا بالظروف والملابسات الخاصة المحيطة بها •

وكذلك فمعيار الباعث المشروع ومعيار المدة المعقولة اللذان يقاس بهما صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منع التصرف فى الأموال (م ٨٢٣ مدنى) من أمثلة الصياغة التى تمكن القاضى من تقدير صحة مثل هذه الشروط حسب ظروف كل حالة وملابستها •

١٠١ ـ مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

الواقع أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تحقق الا فكرة العدل المجرد ، لأنها لا تواجه الا فرضا مجردا ، فلا تملك بالتبعية الا اعطاء حلا مجردا • فمثل هذه الصياغة لا تدخل فى اعتبارها ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات ، وانما تجمع الحالات الفردية التى تندرج تحت فرض معين فى

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا « الحقوق العينية الأصلية ، احكام حق الملكية » . الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، فقرة ٩٩ . ص ٣٢٥ وما بعدها •

نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات فى الظروف والملابسات ، ونعطى لهذا النموذج حلا واحدا يصدق على كل ما يندرج تحته من حالات فردية مختلفة . فالقاعدة التى تحدد كمال الأهلية ببلوغ الشخص سن الحادية والعشرين ، انما تحقق عدلا مجردا ، لأنها تحدد نفس السن لكل الافراد دون اعتداد باختلافهم وتفاوتهم فى درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه الحقوق ، فمنهم من يتقدم به الرشد الحقيقى عن السن المقررة ، ومنهم من يتأخر به هذا الرشد عن تلك السن . ولئن تكن للصياغة الجامدة من ميزة . فهى أن مثل هذا العدل المجرد الذى تستهدفه يحقق الثبات والاستقرار والأمن فى المجتمع .

أما الصياغة المرنة فتستهدف تحقيق العدل المعلى أو الواقعى ، دون أن تقنع بتحقيق العدل المجرد ، فانها - بما تضع من موجه عام أو معيار مرن - تمكن القاضى من تكييف هذا الموجه أو مطابقة هذا المعيار على خصوصيات كل حالة توصلا الى اعطائها الحل المناسب لها . أى أن الصياغة المرنة لا تحقق العدل بالنسبة الى نموذج مجرد كما تفعل الصياغة الجامدة وانما تحققه بالنسبة الى حالات واقعية مختلفة . ومن هنا كان العدل الذى تحققه الصياغة الجامدة عدلا متوحدا لا يختلف باختلاف الحالات الفردية المندرجة تحت النموذج المجرد ، وكان العدل الذى تحققه الصياغة المرنة عدلا متفاوتا بتفاوت الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . وبذلك يمكن القول بأن الصياغة الجامدة انما هى وسيلة لتحقيق العدل "La Justice" بينما الصياغة المرنة هى احدى وسائل تحقيق العدالة "L'équité" (١) .

---

(١) يختلف « العدل » عن « العدالة » . ذلك أنه رغم قيامهما على مبدأ المساواة فى معاملة المخاطبين بأحكام القانون ، الا أن المساواة التى تقوم عليها فكرة العدل هى مساواة جامدة مجردة تنبنى على أساس الوضع الغالب فى الحياة دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات فى الحالات المتماثلة . بينما المساواة التى تقوم عليها فكرة العدالة هى مساواة مجسمة واقعية تقوم على أساس التماثل فى المعاملة للحالات المتماثلة اذا تماثلت كذلك هذه الحالات فى ظروفها الخاصة وجزئياتها الواقعية .

والأصل أن القانون يستهدف تحقيق العدل ، ولا يستهدف تحقيق العدالة الا استثناء ولذلك فهو حين يعمد مثلا الى تحديد سن الرشد ، لا يترك الأمر الى القضاء ينظر فى كل حال بخصوصها ليحدد سن الرشد على ضوء ظروفها . وان يكن فى ذلك تحقيق للعدالة نظرا الى =

فالصياغة المرنة في بعض قواعد العقوبات تمكن القاضي من تحقيق العدالة : فعدم تحديد العقوبة بقدر ثابت وحصرها بين حدين ، حد أقصى وحد أدني ، يمكن القاضي من التراوح بالعقوبة بين هذين الحدين حسب ما تمليه ظروف كل حالة ٠ واجازة تخفيض العقوبة اذا وجدت ظروف أو أعذار مخففة ، تمكن القاضي من النزول بالعقوبة والتدرج في هذا النزول حسب ما تمليه ظروف كل حالة من ضرورة استعمال الرأفة ٠ وكذلك فالصياغة المرنة تمكن القاضي من مراعاة العدالة في شأن أضرار الجوار ، اذ يستطيع مطابقة معيار « الاضرار المألوفة » على ما يعرض أمامه من حالات ، وتحديد الاضرار التي تجاوز المألوف في كل حالة تبعا للظروف الخاصة بها ، والحكم في كل حالة بما يناسبها من الامر بازالة الضرر المجاوز للمألوف أو التعويض عن ضرورة تحمله بمبلغ من المال ٠ وكذلك تمكن الصياغة المرنة القاضي من تقدير ما يحيط بكل واهب يطلب الرجوع في الهبة من ظروف خاصة تبرر هذا الرجوع فتعتبر من قبيل « العذر المقبول » ٠

وفي كل هذه الحالات حيث تمكن الصياغة المرنة من تحقيق العدل الواقعي أو العدالة دون الوقوف عند تحقيق العدل المجرد ، تكون للقاعدة القانونية المرنة اذن قدرة على مسايرة التطور الاجتماعي ومواجهة ما يطرأ من وقائع وحالات جديدة(١) ، بخلاف القاعدة القانونية الجامدة التي تكتفي بتحقيق العدل المجرد ، فتجمد عن متابعة التطور الاجتماعي قانعة بتحقيق الثبات والاستقرار ٠

تفاوت الناس في النضج العقلي وتأخر تمامه عند بعض وتبكيره عند بعض آخر ، ولكن القانون يكتفي بإقامة توازن بين هؤلاء الناس المتفاوتين في النضج العقلي على أساس الوضع الشائع فيهم ومتوسط سن هذا النضج بينهم ، فيحدد الرشد بسن الثامنة عشرة كما يفعل بعض المشرعين او بسن الحادية والعشرين كما يفعل المشرع المصري ٠ وليس يخفى ما قد يكون في هذا التحديد الجامد العام من ظلم على بعض الناس سريعي النضج العقلي ، أو ما قد يكون فيه من محاباة لبعض آخر بطيء هذا النضج ، ولكنه رغم ذلك عدل يقتضيه تحقيق النظام والاستقرار في الجماعة (انظر كتابنا « أصول القانون » فقرة ١١ ، ص ٣٠ و ٣١) ٠

(١) قد يأخذ على الصياغة المرنة بعض خصومها أنها ـ بما تترك للقاضي من سلطة واسعة في التقدير ـ لا تلبث أن تقوده الى التحكم ، مما يتعذر معه اشاعة ما يجب من أمن واستقرار =

وأيا كان الرأى فى المفاضلة بين الصياغتين : الجامدة والمرنة ، فالثابت أن القانون محتاج اليهما معا حاجة المجتمع الى الاستقرار والتطور على السواء • فكل من الصياغتين يحقق احدى هاتين الغايتين على حساب الغاية الأخرى • فالصياغة الجامدة - ان كانت تحقق الاستقرار - الا أنها تضطر الى تحقيقه على حساب التطور ، فتجمد بالقاعدة القانونية عن مواجهة ما يجد من حالات ، وتقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضاعا مجردة دون اعتبار للظروف والملابسات الخاصة • والصياغة المرنة - ان كانت تؤهل القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعى - الا أن ذلك يتم على حساب الاخلال بالاستقرار والأمن فى المعاملات •

فالحاجة اذن مزدوجة الى الصياغة الجامدة والصياغة المرنة على السواء • ولكن مجال الصياغة الجامدة ما زال أفسح وأرحب من مجال الصياغة المرنة ، اذ ما زالت اعتبارات الاستقرار فى المجتمع غالبة على اعتبارات التطور به ، بحيث يمكن القول ان القاعدة الجامدة (règle rigide) هى نموذج القواعد القانونية فى الأصل ، أما القاعدة المرنة أو المعيارية (standard) فمجرد استثناء يلجأ اليه فى الحالات التى يستعصى الأمر فيها على التحديد الثابت الجامد ازاء ما هى عليه من تطور مستمر وتفاوت واضح فى الظروف والملابسات الخاصة •

وفى القانون المصرى ، ما زالت الغلبة للقواعد الجامدة على القواعد المرنة أو المعيارية • وان يكن التقنين المدنى الحالى قد أفسح المجال لبعض قواعد معيارية يستهدى بها القاضى فى التفاوت بالحلول حسب التفاوت فى الظروف والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه • فمن ذلك - فضلا عما سبق بيانه من معيار « العذر المقبول » فى الرجوع فى الهبة ، ومعيار « المضار

= فى المعاملات • غير أن هذا الخوف من تحكم القضاء ، ليس ثم ما يبرره • فالقضاء قد أثبت دائما - وهو الأمين على تطبيق القانون - أنه يزن أحكامه بميزان دقيق يعلو على كل مظنة أو تحكم • فضلا عن أن وجود محكمة النقض - وهى الرقيبة على صحة تطبيق المحاكم للقانون - كفيل بتوحيد اتجاه المحاكم توحيدا يقوم على القصد والاعتدال فى استعمال ما تمنحها الصياغة المرنة من سلطة تقديرية واسعة •

المألوفة في الجوار » . ومعيار « الباعث المشروع » و « المدة المعقولة » في شأن الشروط المانعة من التصرف - معايير أخرى من أهمها معيار « الغلط الجوهري » (م ١٢٠ مدني) ، ومعيار « التدليس الجسيم » (م ١٢٥ مدني) . ومعيار « الرهبة القائمة على أساس » (م ١٢٧ مدني) ، في الوقوف على ما يشوب الارادة من عيب يجيز ابطال العقد . وكذلك معيار « اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين » ومعيار « استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح » ، لابطال العقد أو انقاص التزامات من وقع عليه الاستغلال (م ١٢٩ مدني) . وكذلك معيار « الظروف الاستثنائية العامة غير المتوقعة » ومعيار « التنفيذ المرهق » لتعديل العقد ورد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ١٤٧/٢ مدني) .

المبحث الثاني
طرق الصياغة القانونية

قلنا ان الصناعة أو الصياغة القانونية هي مجموع الأدوات أو الطرق التي تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملي اخراجا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها . ونأخذ الآن في بيان هذه الادوات والطرق التي يقسمها الفقه الى طرق مادية وطرق معنوية .

المطلب الأول
الطرق المادية
Les procédés matériels

يقصد بالطرق المادية للصياغة القانونية تلك الأدوات التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا مجسما في مظهر خارجي . وسوف نجتزىء في بيان هذه الطرق المادية بالاشارة الى الطريقتين التاليتين .

١٠٢ ـ احلال الكم محل الكيف(١) :

يقصد بطريقة « إحلال الكم محل الكيف » Substitution du quantitatif au qualitatif اعطاء القاعدة القانونية تحديدا محكما بالتعبير عن مضمونها برقم معين ، مما يجعل تطبيقها آليا ، لا يفسح المجال عادة لتحكم من جانب القاضي . فالمعنى الذي يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفا معنويا يصاغ اذن صياغة كمية أو رقمية ، تحدده في العمل تحديدا ثابتا لا تأويل فيه ولا ابهام ، مما يمنع الخلاف بشأنه وييسر أمر فهمه وتطبيقه على السواء .

---

(١) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., t. III, No. 197. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, pp. 122 et s.

ولعل أكبر مثل على هذا النوع المادى من الصياغة القانونية هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة . ذلك أن جوهر القاعدة القانونية فى هذا الشأن ، هو اناطة الاهلية بتمام التمييز ورجحان العقل ، وهو ما لا يصلح بذاته للتطبيق العملى الحاسم . فالوقوف على التمييز والعقل لتحديد الأهلية ، لا يتأتى ـ والأفراد متفاوتون فى ذلك أشد التفاوت ـ الا بترك الأمر الى القاضى ، يتفحص كل فرد من الأفراد على حدة ليعين له أهليته تبعا لدرجة نضوجه العقلى . وليس يحتاج الأمر الى بيان ما قد يجره ذلك من تحكم القضاء ، فضلا عن أنه يخلق مصدرا للمنازعات لا ينضب ، مما يضيع كثيرا من الوقت والجهد والمال . من أجل ذلك كان من الحتم ترجمة تمام التمييز أو رجحان العقل ، وهو معنى كيفى ، ترجمة عملية يسيرة الفهم والتطبيق ، وهل ثم ترجمة عملية لهذا المعنى خير من تحديده بسن معينة هى السن التى يتم عندها رشد الفرد العادى ؟ . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى حين نص فى التقنين المدنى على أن « سن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » (م ٢/٤٤) .

ومن قبيل ذلك أيضا تحديد أهلية مباشرة الحقوق السياسية : فتحدد أهلية الانتخاب مثلا بسن معينة قد تزيد أو تنقص عن سن الرشد المدنى . وتحدد أهلية الترشيح لعضوية المجالس النيابية بسن معينة ، أو بتوافر نصاب مالى معين فى المرشح كحد أدنى لدخله أو للضريبة التى يدفعها سنويا .

وكذلك فمن أمثلة احلال الكم محل الكيف تحديد انصبة الورثة بنسب معينة ، تراعى فى قدرها درجة القرابة الى المتوفى . وتحديد مدى حق الايصاء بنسبة معينة من التركة هى الثلث . وتحديد الغبن فى بيع عقار غير ذى الأهلية بما يزيد على خمس ثمن المثل (م ٤٢٥ مدنى) . وتحديد الربا الفاحش بما يزيد على سبعة فى المائة (م ٢٢٧ مدنى) . وتحديد التقادم المسقط والمكسب بخمس عشرة سنة كقاعدة عامة (م ٣٧٤ و ٩٦٨ مدنى) .

وقد يكون من قبيل احلال الكم محل الكيف رد جوهر القاعدة القانونية الى عدد محدود من الحالات ، أى صياغته صياغة تحصره وتحدده بما لا يدع

مجالا لمجاوزة الحصر والتعديد • ومن أمثلة ذلك النص الذى يحـدد الديون الممتازة التى يكون لها أفضلية فى الوفاء على سائر الديون الاخرى تحديدا على سبيل الحصر (م ١١٣٨ وما بعـدها مدنى) • والنص الذى يثبت الحق فى الشفعة لاشخاص يعدهم عدا بما يتـوافر فيهم من صـفات معينة (م ٩٣٦ مدنى) •

١٠٣ - الشكليات(١)

يقصد بذلك المظاهر الخارجيـة التى يفرض عـلى الافراد اتباعهـا فى تصرفاتهم لامكان ترتيب آثار قانونية معينة • وبذلك ينضـاف الى العنصر الداخـلى عنصر خارجى يؤكد وجوده ويضمن مفعوله فى نطاق القـانون • ويقصد باشتراط هذه الأشكال وتلك المظاهر الخارجية ، اما التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، واما تيسـير اثباتهـا من بعد ، واما امكان الاحتجـاج بها على الغير •

أما الشكل الذى يقصد منه التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، فهو عادة الرسمية أى افراغ التصرفات فى كتابة رسمية تتم على يد موظف رسمى طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه • ولئن كانت القاعدة العامة فى القانون الحديث اليـوم هى مبدأ الرضائية أى الاكتفاء بحصـول التراضى بين المتعاقدين لانعقاد العقـد والالزام به - خلافا لما كان قائما فى القانون الرومانى من قبل - الا أن من التصرفات ذات الخطر والأثر الضخم ما يقتضى التنبيه اليها والتعسير على من يريد ابرامها - باشتراط حصـول تحريرها بواسطة موظف رسمى مختص - ليتدبر أمرها ويبصر بمخاطرها ، فلا يقدم عليها الا عن روية وبصيرة • ومن قبيل ذلك ما تشترطه المادة ٤٨٨ من التقنين المدنى المصرى من أن تكون هبة العقار بورقة رسمية والا وقعت باطلة • وما تشترطه المادة ١٠٣١ من نفس التقنين من رسمية الرهن التأمينى أو الرسمى الذى يرد على عقار • وتنبغى الاشـارة الى أن الرسمية هنا شرط لانعقاد التصرف لا لاثباته • بحيث اذا لم تتم هبة العقار بورقة رسمية وقعت

---

(١) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., III, Nos. 202 - 206 - Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 6!

باطله . واذا تم الرهن الرسمي بورقة عرفية فهو باطل منعدم لا تترتب عليه آثاره القانونية .

ومن قبيل الاشكال التي يقصد منها التنبيه الى خطورة التصرف - غير الشكل الرسمي - اشتراط الحصول على اذن معين لمباشرة بعض التصرفات ، كبعض التصرفات المحدده التي لا يجوز للوصي مباشرتها الا باذن المحكمة حماية لأموال القاصر .

وأما الشكل الذي يقصد منه تيسير اثبات التصرفات منعا لكثرة المناقضات بشأنها ، فهو عادة الكتابة . ومن ذلك ما ينص عليه المشرع المصرى من أن يكون الاثبات عن طريق الكتابة في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة جنيه، . وأما ما لا تزيد قيمته على ذلك فيصح اثباته بشهادة الشهود أي بالبينة (م ٦٠ من قانون الاثبات ، معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢).(١)

فالمقصود هنا هو التفرقة بين التصرفات التافهة القيمة ، وبين التصرفات التي تكون على جانب من القيمة المالية ، ولا حرج من الترخص فى اثبات الأولى ولو عن طريق الشهادة ، أما الثانية فالمصلحة تقضى باشتراط الكتابة بشأنها . فان لم تتم كتابتها فليس يمنع ذلك من انعقادها صحيحة ، وان قام عدم الكتابة عقبة فى سبيل اثباتها . فالكتابة اذن شرط لاثبات هذه التصرفات لا شرط لانعقادها .

وأما الشكل الذى يقصد منه امكان الاحتجاج ببعض التصرفات فى مواجهة الغير ، فمن أمثلته ما يقضى به المشرع المصرى من أنه « تعتبر الشركة (المدنية) بمجرد تكونها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون » (م ١/٥٠٦ مدنى) ، وما ينص عليه من أنه لا يكون الرهن الرسمى نافذا فى حق الغير الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا

---

(١) رفع قانون الاثبات فى البداية نصاب الاثبات بالكتابة الى ما يزيد على عشرين جنيها بعد أن كان اصلا ما يزيد على عشرة جنيهات (م ٤٠٠ مدنى) ، وذلك نظرا لانخفاض القوة الشرائية للنقود. ثم رفع المشرع أخيرا هذا النصاب الى مايزيد على مائة جنيه (القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢).

على العقار (م ١٠٥٣ مدنى) . ففى هـذه الحالات جميعا ، لا يكفى انعقـاد التصرف فيما بين أطرافه لنفاذه فى حق الغير ، اذ يلزم لهـذا النفاذ اتخاذ الشكل المطلوب . فالشكل فى هذه الحالات انما يقصد به حمـاية الغير عن طريق اعلامه بالتصرف القانونى الذى لم يكن طرفا فيه ، بحيث يكون لهـذا الغير - عند تخلف الشكل - تجاهل التصرف رغم توافر عنـاصر تكوينه أو انعقاده القانونى .

المطلب الثانى

الطرق المعنوية

Les procédés intellectuels

يقصد بالطرق المعنوية للصياغة القانونية الدلالة على ما قد يلجأ اليه من عمل ذهنى بحث فى سبيل اخراج القاعدة القانونية اخراجا عمليا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها ، فهى اذن طريقة منطقية محض من صنع الذهن . وسوف نجتزىء فى بيان هذه الطرق بالاشارة الى طريقتين اثنتين هامتين منها هى : القرائن القانونية والافتراض أو الحيل القانونية .

١٠٤ - القرائن القانونية(١)

يقصد بالقرائن القانونية **Les présomptions légales ou de droit** أخذ أمر مشكوك فيه - ولكنه محتمل تبعا للغالب والمألوف فى العمل - على أنه أمر مؤكد ، أى تحويل الشك فى شأنه الى يقين واخراج القاعدة القانونية على هذا الأساس . ذلك أن ما تحكمه القواعد القانونية من أوضاع قد يحوطه

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 230 - 239. — Decottignies, Les présomptions en droit privé, 1950. — Dalloz, Répertoire de droit civil, t. IV, Nos. 61, 215, 245.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القـانون المدنى الجديد ، الجزء الثـانى ، فقرات ٣٢١ - ٣٤٠ . - عبد المنعم فرج الصده ، الاثبات فى المواد المدنية ، ط ٢ ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢٤ - ٢٣٢ .

شك أو غموض يستعصى على الجلاء . ولما كان التحقيق العملى للقانون ولفكرة العدل التى يستهدفها يتطلب دقة واحكاما واستقرارا معينا ، فان هذا قد يدفع القانون دفعا الى تحويل الشك الى يقين عن طريق اقامة قرينة قانونية . فالقرينة القانونية اذن عملية ذهنية تتلخص فى تبديد الشك والاختلاط الذى يحيط بعض المراكز والتصويرات القانونية بتأكيد حاسم يبنى على المعنى الاكثر موافقة للراجح والمألوف فى العمل(١) .

واذا كان المجال الاصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات ، أى مجال القواعد القانونية المتعلقة باثبات الحق . فان الحاجة اليها قائمة كذلك فى مجال القواعد القانونية الموضوعية أى المتعلقة بموضوع الحق لا باثباته .

(١) القرائن القانونية فى مجال الاثبات :

المجال الأصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات . فحيث يتعلق الامر باثبات مراكز واقعية تمهيدا لتطبيق القانون عنها من بعد ، ويكون هذا الاثبات مستحيلا أو مستعصيا ، يعدل القانون عن التكليف به ، مكتفيا باعتبار المألوف والغالب فى العمل فى شأن هذه الأوضاع هو الواقع الحاصل ، فيعتد به ويعتبره ثابتا بذاته دون عناء اقامة الدليل عليه . فالشك فى أمر وضع من الأوضاع لتعذر اثباته أو استحالته ، يتحول اذن الى يقين عن طريق عمل ذهنى يأخذ الغالب فى العمل أمارة وقرينة تصدق على كل حالات هذا الوضع . وبذلك يتوصل القانون الى تحقيق الطمأنينة والأمن والاستقرار فى المجتمع ، اذ لو ترك الأمر للاثبات المادى العادى المباشر - وهو متعذر فى مثل هذه الأوضاع أو مستحيل - لكثرت المنازعات والادعاء بالباطل ولدخل التحكم أحكام القضاء .

ومن أمثلة هذه القرائن القانونية قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج الوالدة ، اذ ما دام الحمل قد حصل وقت الزوجية فيفترض أن الولد ابن الزوج . فالولد اذن ثمرة الزوجية ونتاجها ، أو كما ورد فى حديث

---

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 230, pp. 266-267.

الرسول عليه السلام « الولد للفراش » ٠ ذلك أن اثبات نسب المولود للزوجة من زوجها أمر عسير أو مستحيل ، فلا يتصور التكليف به ٠ ولما كان الغالب في العمل هو أن الزوجة مقصورة على زوجها فلا تتصل اتصالا جنسيا الا به ولا تلد بالتبعية الا منه ، فيعمم هذا الغالب ويحمل عدم التثبت من أبوة الزوج بدليل مادى مباشر محمل اليقين ، فيعتبر أن المولود من حمل حدث وقت الزوجية(١) هو ابنه ٠

ومن أمثلة هذه القرائن كذلك قرينة اعتبار المفقود ميتا متى غلب على الظن هلاكه(٢) ٠ فهذه القرينة مثل من أمثلة الصياغة القانونية الضرورية لمواجهة حالة استثنائية لا يمكن القطع فيها بدليل أو بينة على وفاة المفقود أو حياته ٠ اذ المصلحة تقضى – فى الحالات التى يغلب فيها هلاكه – باعتباره ميتا لتصفية ما هو معلق من حقوقه والتزاماته ٠ فما دام يغلب هلاك المفقود ، وما دام اثبات وفاته أمرا متعذرا أو مستحيلا ، فلا حرج من اتخاذ حكم ما يغلب من هلاكه ، أمارة على تحققه وقرينة على وفاته ٠

ومن هذه القرائن القانونية كذلك ، اعتبار ارتكاب القاصر عملا غير مشروع قرينة على خطأ من يتولى رقابته كالأب أو الوصى بتقصيره فى أداء ما يقع عليه من واجب الرقابة (م ١٧٣ مدنى) ، واعتبار أن الضرر الحادث من الحيوان أو من انهدام البناء أو من الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة قرينة على خطأ من يتولى حراستها وتقصيره فى القيام بهذه الحراسة (م ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ مدنى) ، واعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط (م ٥٨٧ مدنى) ٠

---

(١) يعنى القانون كذلك باقامة قرائن قانونية على اعتبار الحمل حادثا وقت الزوجية بتحديد حد أدنى له من وقت انعقاد الزواج وحد أقصى له من وقت انحلال الزواج ٠ وقد حدد المشرع المصرى الحد الأدنى بستة أشهر والحد الأقصى بسنة (انظر فى ذلك : عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٣٨ ، ص ١٨٦ و ١٨٧ ٠ – عمر عبد الله ، احكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ١٩٥٦ ، ص ٤١٠ و ٤١١ ٠ – وكتابنا أصول القانون ، فقرة ٣٧٥ ، ص ٧٢١) ٠

(٢) أنظر لاحقا ما سيرد فى شأن أحكام المفقود عند التعرض لنهاية شخصية الانسان أى الشخص الطبيعى ٠

وفى كل هذه القرائن وأمثالها يعفى القانون من تقررت القرينة لمصلحته من عبء اثبات ما تقرره(١) . اذ هذا الاثبات متضمن فى ذات القرينة ، ولذلك يقرر المشروع المصرى أن « القرينة القانونية تغنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات .. » (م ٩٩ من قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) .

ولكن لما كانت القرائن القانونية مبنية على الغالب الراجح فى العمل بحيث لا تصل الى يقين مؤكد يرتفع بها عن كل مظنة أو خلاف ، يجب أن يترك الباب مفتوحا فى الأصل أمام ما قد يتخلف أو يشذ من حالات عن حكم هذا الغالب ، بحيث يصبح من الجائز اقامة الدليل على هذا التخلف أو الشذوذ ونقض القرينة المقاومة فى شأنها بالتالى . ولذلك كان **المبدأ أن القرائن** القانونية قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس(٢) . ولكن هذا لا يمنع من أن يقرر استثناء ولا عتبارات خاصة الخروج على هذا المبدأ واعتبار بعض القرائن القانونية **قرائن قاطعة** لا يجوز اثبات عكس ما تقضى به(٣) . وهذا ما تعنيه

---

(١) ولكن يبقى واقعا على عاتق من تقررت القرينة لمصلحته اقامة الدليل على توافر الشروط التى يتطلبها القانون لقيامها . فيجب مثلا اثبات الزواج وولادة المولود للزوجة من حمل حادث وقت الزوجية لاعتبار المولود ابنا للزوج ، بمقتضى القرينة المقامة دون حاجة الى اثبات هذا النسب . ويجب اثبات غيبة المفقود فى ظروف يغلب فيها هلاكه للحكم بوفاته دون حاجة الى اقامة الدليل على هذه الوفاة . ويجب اثبات خطأ القاصر ، لاعتبار متولى رقابته مقصرا فى الرقابة دون حاجة الى اثبات تقصيره . (أنظر كتابنا أصول القانون ، فقرة ١١٠ ، ص ٢٤١ و ٢٤٢) . وهكذا الشأن فى باقى القرائن الأخرى .

(٢) فيجوز مثلا نقض قرينة اعتبار المفقود ميتا باثبات عودة المفقود أو استمرار حياته ، ونقض قرينة خطأ متولى رقابة القاصر باثبات قيامه بواجب الرقابة بما ينبغى من حيطة وعناية.

والأصل أن مثل هذا الاثبات يخضع للقواعد العامة ، الا أن يستلزم المشرع طريقا معينا خاصا لنقض القرينة واثبات عكس ما تقضى به ، فلا يجوز سلوك طريق غيره لنقضها ، ومن قبيل ذلك ، الطريق الخاص المقرر فى الشريعة الاسلامية لنقض قرينة « الولد للفراش » وهو طريق اللعان (أنظر فى تفصيل هذا الطريق وشروطه : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ — ٤١٤) ، وطريق الطعن بالتزوير لدحض قرينة حجية السند الرسمى بما دون فيه من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره (م ١١ من قانون الاثبات الجديد) .

(٣) ومع ذلك ، فمن المتفق عليه أن القرائن القانونية القاطعة يمكن دحضها ولكن بالاقرار أو اليمين (أنظر : Decottignies, thèse précitée, Nos. 88 - 66 — عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٢) .

المادة ٩٩ من قانون الاثبات الجديد سالفة الذكر بقولها أنه « ... يجوز نقض ... القرينة بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . ومن قبيل القرائن القاطعة الاستثنائية ما يقيمه القانون من قرينة على خطأ حارس الحيوان أو الآلات الميكانيكية والأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة (م ١٧٦ و ١٧٨ مدنى)(١) .

وغنى عن البيان أن القرائن القانونية فى مجال الاثبات تفترق عن نوع آخر من القرائن يسمى **القرائن القضائية** . فالقرائن القانونية طريقة معنوية لصياغة القاعدة القانونية ، أى أن اقامتها انما تكون فى مرحلة تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تكون من صنع المشرع أو القانون الوضعى بوجه عام(٢) . أما القرائن القضائية فهى من صنع القاضى ، مما يفترض أن اقامتها أو استخلاصها يكون فى مرحلة تطبيق القاعدة القانونية لا فى مرحلة تكوينها . فالقاضى يستخلص فى صدد قضية مطروحة عليه ، من بعض الوقائع الثابتة لديه ، أمارات يكون بها عقيدته - طبقا للغالب فى العمل ومجرى الأمور الطبيعى - فى شأن واقعة من وقائع الدعوى لا يقوم عليها دليل مباشر(٣) ، كاستخلاصه صورية البيع من قيام علاقة زوجية أو قرابة وثيقة بين أطرافه ؛

---

(١) من الواضح أن القرينة هنا قرينة على الخطأ لا على المسئولية . ولذلك فاذا كانت هذه القرينة قاطعة بمعنى أنه يمتنع على الحارس اقامة الدليل على عكسها باثبات عدم تقصيره و خطئه فى الحراسة ، فان ذلك لا يمنعه من نفى مسئوليته عن طريق نفى علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الحاصل .

(٢) لا يستأثر التشريع وحده بصنع القرائن القانونية ، بل يملكه كذلك كل مصدر رسمى آخر من مصادر القانون الوضعى كالعرف ، والقول بغير ذلك معناه رد القانون الوضعى كله الى مصدر وحيد هو التشريع ، وهذا غير صحيح . (فى هذا المعنى : Gény, op. cit., t. III, No. 235, pp. 327, 330) - وقارن : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٢٢ ، ص ٦٠٠) .

(٣) يتمتع القاضى بسلطة واسعة فى استنباط القرائن القضائية ، وهو ما يؤدى - بالنظر الى الاختلاف المحتوم بين القضاة فى هذا الاستنباط تبعا لاختلاف النظر والتقدير - الى عدم اتفاق المحاكم على ما يعتبر من قبيل القرائن القضائية ، والى اضعاف الدلالة المستمدة من هذه القرائن فى مجال الاثبات بالتالى بما يضع هذه القرائن دون مرتبة الكتابة ، ويساويها بمرتبة البينة أى الشهادة (أنظر عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، فقرة ١٧٨ ، ص ٣٣٤) . ولذلك ينص المشرع المصرى على أنه لايجوز الاثبات بقرينة قضائية الا حيث يجوز الاثبات بشهادة الشهود (م ١٠٠ من قانون الاثبات الجديد) .

واستخلاصه التحايل على ما يقرره القانون للجار من الأخذ بالشفعة من بيع الأرض المشفوع فيها الا جزءا ضئيلا هو المجاور لارض الجار أو مع هبة هذا الجزء الى مشترى الأرض ·

(٢) القرائن القانونية فى مجال القواعد الموضوعية :

تمس الحاجة كذلك الى القرائن القانونية فى مجال القواعد المتعلقة بموضوع الحق · وهى تقوم فى هذا المجال على ما تقوم عليه فى مجالها الأصلى ، وهو مجال اثبات الحق ، من فكرة الاحتمال والرجحان بقصد تبديد الشك والاختلاط · ولكن يبقى ثم فارق جوهرى بين وضع القرائن فى كل من المجالين · ففى مجال الاثبات ، حيث تستخدم القرينة وسيلة اثبات أو اعفاء منه أو تبديل فى محله ، تعتبر القرينة هى محل القاعدة القانونية التى تقررها بحيث يرتبط تطبيق هذه القاعدة بفكرة القرينة وما تمثله من احتمال ورجحان ، فيمكن التوصل فى الأصل الى منع اعمال القاعدة القانونية فى شأن الحالات التى تشذ بها ظروفها على وجه اليقين عن مقتضى ما تعممه القرينة من احتمال ورجحان ، ولذلك قلنا انه يمكن فى الأصل دحض القرائن القانونية فى مجال الاثبات باقامة الدليل العكسى · أما فى مجال القواعد الموضوعية ، فلا يتعدى دور القرينة لقانونية دور الدافع أو العلة لتقرير حكم القاعدة القانونية (وقد لا تكون هى الدافع أو العلة الوحيدة لذلك) بحيث اذا أدت دورها من الدفع الى تقريره تلاشت وبقى الحكم وحده قائما دونها على استقلال(١) ، وهو ما يجعل تطبيق القاعدة القانونية غير مناط بما دفع الى تقريرها من قرينة تعمم احتمالا أو رجحانا معينا ، فلا يتأتى منع تطبيقها اذن فى شأن بعض الحالات بدعوى تخلف مقتضى هذا الاحتمال والرجحان(٢) ·

---

(١) راجع فى التفرقة بين القرائن القانونية فى مجال الاثبات وبين القواعد الموضوعية التى تمثل القرينة فيها دور الدافع أو العلة :

Gény, op. cit., t. III, pp. 236 et s. — Decottignies, thèse précitée, pp. 44, 45.

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٣٣٤ و ٣٣٥ و ٣٣٧ ·

(٢) ومن شأن ذلك سهولة الخلط بين القواعد الموضوعية الآمرة وبين القرائن القانونية القاطعة ، ولكن فضلا عن الفارق بينهما من حيث المجال ومن حيث دور القرينة كما هو مبين فى المتن ، يبقى ثم فارق آخر هام بينهما : هو استحالة دحض القواعد الموضوعية الآمرة التى تمثل =

وأظهر مثل على القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية ما يعمد اليه المشرع من تحديد سن الرشد بسن الحادية والعشرين في القانون المصرى. فالمشرع بذلك انما يقيم هذا الحكم مدفوعا باعتبار أن هذه السن قرينة على كمال الارادة ونضج العقل . حيث أن الغالب الراجح في العمل هو توافر هذا الكمال والنضج للافراد ببلوغ هذه السن . ولكن بخروج القاعدة الموضوعية المحددة لسن الرشد الى الوجود . تتلاشى القرينة التى دفعت الى تقريرها بعد أن انتهى دورها ، فلا يعلق اعمال حكم هذه القاعدة على ضرورة توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . ولذلك ينطبق هذا الحكم على الجميع حتى ولو كانت حالات البعض منهم مما يشذ عن الغالب الراجح في العمل ، فيظل الشخص معدودا قاصرا حتى ولو اكتمل له النضج العقلى والارادة قبل سن الحادية والعشرين في القانون المصرى .

وكذلك يبدو أثر هذا النوع من القرائن فيما يقرره القانون من أن « الحيازة في المنقول سند الحائز » . فهذه قاعدة موضوعية(١) تختفى وراءها قرينة قانونية مأخوذة من الغالب في العمل من أن حيازة المنقول تكون بيد المالك . ولكنها قرينة تنفصل عن القاعدة ، اذ تقوم منها مقام العلة والدافع ، ولذلك لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . فما دامت شرائط هذا الاعمال متوافرة ، فلا يتأتى بعد ذلك منعه – في الحالات التى تشذ عن حكم الغالب – بدعوى أن المالك الحقيقى شخص آخر غير الحائز ، اذ الحيازة – متى توافرت شرائطها – تصبح بمقتضى القاعدة سببا لملكية المنقول .

ويبدو أثر هذا النوع من القرائن كذلك فيما يقرره القانون من « حجية

= القرينة فيها دور الدافع والعلة باى طريق من الطرق حتى بالاقرار أو اليمين ، وامكان دحض القرائن القانونية القاطعة – رغم قطعيتها – بالاقرار أو اليمين (أنظر : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ ، ص ٦٢٢) .

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ .

الأمر المقضى « (L'autorité de la chose Jugée) (١) . فهـــذه قاعـــدة موضوعية(٢) تختفي وراءها قرينة قانونية على اعتبار الحـــكم القضائى عنوان الحقيقة فيما قضى به ، اذ الغـالب أن تقيم الأحكام القضائية قضـــاءها على أساس صحيح فتصل بذلك الى تقرير الحقيقة . واذا كانت هذه القرينة هى أحد الدوافع الى تقرير هذه القاعدة ، فانهـــا تتوارى وتنفصل عنها بحيث لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة بالنسبة الى كل الأحكام القضائية . فالأمر المقضى تكون له دائما حجيته ، دون نظر الى ما قد يشذ فى النادر من أحكام عن مقتضى الغالب من قضاء الاحكام بالحقيقة . وبذلك يمتنع دائما على نفس الخصوم فى نزاع سبق الفصل فيه بحكم قضائى ، أن يجددوا أمام المحاكم بغير طرق الطعن القانونية — أى بدفع أو دعوى مبتدأة — نفس النزاع المتعلق بذات الحق محـــلا وســـببا (م ١٠١ من قانون الاثبـــات الجديد)(٣) .

واذا كانت هـــذه القرائن وأمثالها تتلاشى وراء القواعد الموضـوعية ، فيبقى على أى حال أنها تعتبر من دوافعها وعللها ، وهو ما يمدها بسند عقلى منطقى يبرر أحكامها(٤) .

١٠٥ — الافتراض أو الحيل القانونية(٥)

يقصد بالافتراض أو الحيل القانونية La fiction Juridique ou de droit

---

(١) تجب التفرقة بين « حجية الأمر المقضى » وبين « قوة الأمر المقضى » (La force de la chose jugée) . فالحجية تلحق كل حكم موضوعى فاصل فى خصومة ، سواء كان نهائيا أو ابتدائيا ، حضوريا أو غيابيا ، أما القوة فلا تلحق الا الحكم النهائى وحـــده ، وهو الذى لا يقبل الطعن فيـــه بطرق الطعن العادية (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجـع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٤٢) .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٣٣٣ و ٣٣٧ و ٣٤٤ .

(٣) راجع فى تفصيل « حجية الأمر المقضى » :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٣٤١ — ٣٧٩ ، ص ٦٣٠—٧١٤ .

(٤) Gény. op. cit., t. III, No. 239, p. 359.

(٥) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Dekkers, La fiction juridique, 1935. — Gény. op. cit., t. III, Nos. 240 — 252.

وانظر كذلك كتابنا اصول القانون ، فقرة ١١١ ، ص ٢٤٨ — ٢٥٢ .

اعطاء وضع من الأوضـــاع حكما يخالف الحقيقة توصلا الى ترتيب أثر قانونى معين عليه ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة . وبذلك تبدو طريقة الافتراض أو الحيل القانونية احتيالا وتزويرا على الواقع ، اذ - وهى تقوم على تصوير ذهنى معين - لا تجعل منه انعكاسا لاصل صـــورته الطبيعية فى الواقع بل قلبا وتحريفا له ، وذلك بقصـــد تحقيق ما تستهدفه من غرض اقامة التنظيم القانونى على نحو معين(١) .

وعلى هذا النحو ، يبدو الفارق البعيد بين « القرائن القـانونية » وبين « الافتراض أو الحيل القانونية » . فرغم أنهما يشتركان فى اعتبارهما طرقا معنوية لصياغة القاعدة القـــانونية تقوم على تصوير ذهنى للواقع ، تحكمى بعض الشيء بقصد تيسير الوصول الى غايات عملية معينة ، الا أن الطريقـة الأولى تؤسس تصويرها على الاحتمالات الغالبة الراجحة فى العمل بحيث يأتى تعميمه فى الاتجاه العادى الطبيعى للأمور ، بينما تستبيح الطريقـة الثانية - فى سبيل الوصول الى الهدف المقصود - تأسيس تصـــويرها على انكار الواقع أو تشويهه(٢) . ولذلك يعتبر الافتراض مخالفة صريحة للواقع ، بينما تعتبر القرائن تسليما بحكم الطبيعى والغالب منه .

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية نظام الموت المدنى(٣) الذى كان معروفا - كعقوبة تبعيـــة - فى بعض الشرائع الى قريب . فبمقتضـــاه كان يفترض موت الشخص افتراضا بحتا رغم مخالفة ذلك للواقع من بقائه فعلا بقيد الحياة ، ويرتب على هذا الافتراض أثره القـانونى من اهدار الشخصية بما يستتبعه هذا الاهدار من نتائج مختلفة .

ومن قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، ما قد يعمد اليه القانون من تقديم التوقيت ساعة فى الصيف مخالفا بذلك حكم التوقيت الطبيعى .

وتعتبر طائفة العقارات بالتخصيص **(immeubles par destination)**

---

(١) **Gény, op. cit., t. III, No. 241, pp. 367 - 369.**

(٢) **Gény, op. cit., t. III, No. 228, pp. 260 - 261.**

(٣) انظر فى هذا النظام : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٧١١ و ٧١٢ .

وطائفة المنقولات بالمآل (meubles par anticipation) من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، حيث يخالف القانون بتقريرها التقسيم الطبيعي للأشياء مخالفة صـــارخة ، فيفترض أن بعض المنقولات عقـارات اذا كانت مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ، ويفترض أن بعض العقارات منقولات ما دام مآلهـــا القريب الى الانفصال عن أصل ثباتهـــا والتحول بذلك الى منقولات •

ورغم ما تحققه هذه الطريقة المعنوية لصياغة القاعدة القانونية من فوائد عملية لا يمكن انكارها ، فلا ينبغي اغفال ما تنطوي عليــه من أخطار جسيمة نتيجة قيامها على أساس مخالف للطبيعة والواقـع • ولذلك ينبغي أن يظل التجاء القانون اليهـــا محصورا في أضيق الحدود ، حين يكون الالتجاء اليهــا أمرا لازما وضروريا لتحقيق العدل أو النفع الاجتماعي ، وحينئذ تكون مثل هذه الغاية هي التبرير الوحيد للافتراض أو الحيلة القانونية(١) • وعلى أي حال فان تحديد مدى هذا الافتراض يجب ألا يجاوز حدود الغرض المقصــود من تقريره ، فيكون اذن محلا للتفسير الضيق باعتبـــاره وسيلة اصطناعية للتعبير عن القانون(٢) •

---

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 247, pp. 417, 418.

(٢) يقصر « جيني » ذلك على حالة ما اذا كان الافتراض حلا تحكميا يفرضه المشرع • أما اذا كان المشرع قد ألبس مبدأ نافعا أو عادلا ثوب الافتراض لكي يسهل اجراءه في الحياة العملية ، فيكون من المناسب الاعتراف له بكل ما هو أهل له من مدى واسع

انظر : Gény, op. cit., t. III, No. 251, p. 436.

الفصل الثانى

اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل

١٠٦ ـ تمهيد وتقسيم

قلنا ان جوهر القاعدة القانونية يعرض عاما مبهما ، فتحدد مضمونه الصياغة الفنية بما يهيئه للتطبيق العملى . غير أنه يظل مجردا من قوة تلزم الأفراد به ، اذ لا تكون له الا قوة الزام أدبية يفرضها العقل ، فيحتاج الى قوة الزام ايجابية تفرضه على الأفراد فى الجماعة وتكفل احترامه عن طريق الاجبار المادى . فالقاعدة القانونية اذن تحتاج الى سلطة تعطيها القوة الملزمة فى العمل ، فتفرضها على الناس وتحملهم جبرا على احترام أحكامها . وبهذه القوة الملزمة تصير القاعدة القانونية قاعدة وضعية ، أى قاعدة سائدة مطبقة فى العمل ، ترصد الدولة قوتها المادية على كفالة احترامها .

فما هى السلطات التى تملك اعطاء القاعدة القانونية قوة ملزمة فى العمل ؟ . أو بعبارة أخرى ، ما هى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية الوضعية ؟ . يقتضينا الرد على ذلك أن نعرض لهذه المصادر بوجه عام ، ثم نعرض لها فى القانون المصرى بوجه خاص .

ولذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول ـ فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام .

المبحث الثانى ـ فى المصادر الرسمية للقانون المصرى .

المبحث الأول

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام

١٠٧ ـ تمهيـــد

ليست المصادر الرسمية للقـــاعدة القانونية واحـــدة مشتركة فى كل الجماعات ، بل هى تختلف من جماعة الى أخرى تبعا للظروف الخاصة المحيطة بكل منها والمتفاوتة بتفاوت الزمان ٠

ورغم هـــذا الاختلاف بين الجمـــاعات فى المصادر الرسمية للقــاعدة القانونية ، نستطيع أن نقول ان العرف والتشريع ـ على تفـــاوت بينهما فى الأهمية والمرتبة بحسب المـكان والزمان ـ يعتبران كقاعدة عامة مصـــدرين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا ٠

غير أن ثم مصادر أخرى ـ الى جنب العرف والتشريع ـ عرفتها بعض جماعات دون أخرى فى القديم والحديث على السواء ، وان يكن حظها اليـــوم ـ فى عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية ـ اما ضئيلا كالدين أو منعدما كالفقه ، أو خاصـــا بجماعة أو جماعات معينة كالقضاء ٠ فنعرض اذن لـكل هذه المصار الرسمية : العرف والتشريع ، ثم الدين ، ثم الفقه ، ثم القضاء ٠

المطلب الأول

العرف والتشريع

١٠٨ ـ تمهيـــد واحالة

لعل أول مصدر عرفته الانسانية من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية هو العرف ، فكانت القاعدة القانونية تظهر فى العمل مستكملة قوتها الملزمة نتيجة تواتر الأفراد على العمل بسنة معينة ، مع اعتقادهم فى الزامها وضرورة احترام أحكامها بتوقيع الجزاء أو الاجبار على من يخالفها ٠

ولكن مثل هذا المصدر ، ان كان يوافق الجماعات البدائية حيث حاجاتها لم تتعقد بعد ، الا أنه لا يلبث - مع تقدم الزمن وتضخم الجماعات وازدياد أوجه النشاط فيها وتشعب الروابط بين أفرادها - أن يقصر عن الوفاء بحاجاتها ، ويتخلف - وهو مصدر بطيء الانتاج - عن ملاحقة سيرها الحثيث ومطالبها المتكاثرة • فيتوارى قليلا ليفسح الطريق أمام مصدر ثان هو التشريع . تفرض الدولة القواعد القانونية عن طريقه بما يتركز بين يديها من قوة وسلطان •

والعرف والتشريع مصدران رسميان للقواعد القانونية ، عرفتهما كل الجماعات منذ قديم ، وما زالت تعرفهما الى اليوم ، وان تكن حظهما فيها متفاوت كل التفاوت • فالعرف في القديم كان المصدر الرسمي الأول . ثم ما زال يتقهقر في أهميته حتى غدت الصدارة اليوم - عند أغلب الجماعات - للتشريع في الالزام بالقواعد القانونية • ورغم ذلك ، فما زالت بعض جماعات قليلة تحل العرف في العصر الحديث المكان الاول بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية فيها وتغلبه على التشريع • غير أن انتشار المذهب الاجتماعي في الآونة الحاضرة ، بما يستتبع من ازدياد تدخل الدولة في نشاط الافراد تحقيقا للصالح العام ، أصبح يهدد العرف في مركزه باعتباره المصدر الرسمي الأول للقانون فيها ، ويفسح المجال للتشريع تمهيدا لاحلاله محل العرف في الأهمية والاعتبار •

وليس هنا مجال بسط القول في التشريع والعرف . فمحل ذلك عند الكلام في المصادر الرسمية للقانون المصري ، باعتبارهما في الطليعة منها •

المطلب الثاني

الدين

١٠٩ - صلة الدين بالقانون

يقصد بالدين القواعد والأحكام التي ينزلها الله بوحي من عنده على الناس ، وهي تنظم عادة العبادات أي علاقة المرء بربه ، والأخلاقيات أي علاقة

المرء بنفسه . ولما كانت مثل هذه العلاقات لا تعنى القانون فى الأصل كما سبق البيان ، فضلا عن أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين لا يعدو مجرد الجزاء الأخروى أو استنكار الضمير ، فقد ظل بذلك لكل من الدين والقانون نطاقه الخاص .

غير أن من الأديان ما جاء منتظما - فضلا عن قواعد العبادات وقواعد الأخلاق - لقواعد المعاملات بالمعنى الواسع أى للقواعد التى تحكم علاقة المرء بغيره ، ومقررا - فضلا عن الجزاءات الأخروية - لجزاءات دنيوية كفالة لاحترام أحكامها ، ومن هنا نشأت صلة الدين بالقانون . ثم أتيح لمثل هذه الأديان أن تنتشر فى بعض الجماعات ، وأن يطبق من قواعدها ما يمس القانون تطبيقا عمليا تكفله قوة الاجبار الجماعى ، فغدا الدين فى هذه الجماعات مصدرا رسميا للقانون - فيما يطبق من قواعده - الى جنب المصادر الرسمية الأخرى . بمعنى أن الدين صارت لقواعده قوة الزام عملية تستمد منه مباشرة دون واسطة من أى مصدر رسمى آخر ، بحيث غدت هذه القواعد الدينية تلزم الأفراد بقوتها الذاتية أى بقوة صدورها عن الله ، دون أن يكون للدولة نصيب فى فرضها أو الالزام بها ، وانما يقتصر دور الدولة فى شأنها على تسخير قواها المادية الغلابة فى سبيل كفالة احترامها .

ثم تهاوت مع الزمن هيبة الدين وغلب عليه التشريع ، فزحزحه فى أغلب الجماعات عن مكانه بين المصادر الرسمية للقانون ، ورده فى بعضها الى أن يكون مجرد عامل من عوامل الحقائق الواقعية التى تسهم بنصيب فى تكوين جوهر القانون ، أى كمصدر تاريخى تستقى منه أحكام التشريع .

غير أن قلة من الجماعات ما تزال تحتفظ للدين بمكانة بين المصادر الرسمية للقانون ، فى نطاق يتفاوت بتفاوت تمسكها بالدين ، وتفاوت نشاط حركة التشريع فيها . ومن بين هذه الجماعات أكثر الدول العربية حيث يعتبر الدين الاسلامى مصدرا رسميا للقانون فيها ، اما بوصفه مصدرا أصليا عاما ، واما بوصفه مصدرا أصليا خاصا فى نطاق محدود هو عادة نطاق مسائل الأحوال الشخصية ، واما بوصفه مصدرا احتياطيا . بل وتعتبر هذه الدول باقى الأديان السماوية الأخرى كذلك مصدرا أصليا خاصا بمعتنقيها فى نطاق

مسائل الأحوال الشخصية . أما الدول الغربيـــة التى انتشر فيهـــا الدين المسيحى ، فلم تعد تعتبر هـذا الدين مصدرا رسميا للقانون فيهـا اليوم . ويعنينا أساسا فى هـــذا المقام التعرض للدين الاسلامى والدين المسيحى ، فهذان الدينان المتقابلان اليوم فى الشرق والغرب ، يختلفان فيما لكل منهما من قوة الزام بالقواعـد القانونية فى نطاق العمـل ، على النحو الذى توجزه فيما يلى :

١١٠ ـ الدين المسيحى

تحكمت ظروف العصر الذى نشأ فيه هذا الدين ، فى صرفه عن وضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح تحكم العلاقات الاجتماعية وروابط النـــاس بعضهم ببعض ، وفى حصر جهده فى تثبيت قواعد الأخلاق وتقويم النفوس . ذلك أن الدين المسيحى قد نشأ فى عصر ومكان مزدحم بالشرائع والقـــوانين والنصوص من شريعة موسى وشريعـــة الرومان ، فلم تكن الحاجة اليه ليأتى بمزيد من القواعد القانونية والاحكام الدنيوية ، وانما كانت الحاجة اليه أكبر ما تكون لانقاذ الشرائع والقوانين من أيدى الجامدين والحرفيين وعبدة الألفاظ والنصوص . من أجل ذلك ترك الدين المسيحى مجال القانون ، فلم يعرض لقواعده القـــائمة بتعديل أو الغاء ، واقتصر على مخاطبة النفوس والضمائر يروضها بالأخلاق ويهذبها بالعبادة[1] ، ففصل بذلك بين الدين والدولة وبين الدين والقانون ، وقال قولته المشهورة « ما لله لله ، وما لقيصر لقيصر » .

ثم أتيح للدين المسيحى أن ينتشر بعـــد ذلك فى أنحاء الأرض وعـلى الأخص فى بلاد الغرب ، فأتيح بذلك لرجال الكنيسة حظ موفور من السيطرة والنفوذ والســلطان حتى اختلطت السلطة الدينية بالســلطة الزمنية وأمكن للكنيسة أن تفرض على الناس ـ الى جانب قواعد القـانون الرومانى السائد حينئذ فى أغلب هذه البلاد ـ قواعد قانونية فى شئون كثيرة مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والميراث والوصية والعقود . وهى قواعد لم ينزل بأكثرها

---

(١) انظر فى ذلك :
عباس محمود العقاد ، عبقرية المسيح ، ١٩٥٣ ، ص ١٢٢ و ١٢٣ .

الدين المسيحى نفسه - لانه كما سبق البيـان دين قد اعتزل فى نشـأته السلطة وابتعد عن نطاق القانون - ولكن خرجها فقهاء الكنيسة تخريجا من المثل والمبـادىء المسيحية • فتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسى(١) • وهو قانون ليس مصدره الرسمى المباشر الدين المسيحى نفسه ، وانما مصدره الـكنيسة نفسها واجتهـاد فقهائها وقضاتها اجتهـادا يستلهم روح الدين المسيحى وتعاليم السيد المسيح •

وظل القانون الكنسى معمولا به فى أغلب هذه البلاد - أى كمصـدر رسمى للقانون فيها - حتى استقلت السلطة الزمنية بالامر وقوضت سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصـلا تاما • فاندثر بذلك القـانون الكنسى باعتباره مصدرا رسميا ، وان ظل له من نفوذه وسلطانه على النفوس ما أبقاه الى اليوم مصدرا تاريخيا يستقى منه كثير من قواعد القانون فيها • ولعل من أهم قواعد القانون الحديث التى يعتبر القانون الكنسى مصدرا تاريخيا لهـا قاعدة الرضائية فى العقود ، تلك القاعدة التى نص عليها فقهاء الـكنيسة . فحرروا بها العقود من الشكليات التى كان يشترطها القانون الرومانى لتمام انعقادها ، واكتفوا فى ذلك بمجرد تراضى الطرفين •

وسنرى فيما بعد أن الدين المسيحى ، أو على الأصح ما تكون من قواعد دينية مسيحية نتيجة اجتهاد الفقهاء الكنسيين ، يعتبر مصدرا رسميا للقانون المصرى - كغيره من الاديان السـائدة فى مصر - فى بعض مسـائل الأحوال الشخصية •

١١١ - الدين الاسلامى

أما الدين الاسلامى ، فقد نزل به الوحى دينا وقانونا فى آن واحـد ، أو - كما جرى على الألسن - نزل دينا ودولة • فلم يقتـنـع بوضـع قواعد

---

(١) راجع فى القانون الكنسى وتطوره من حيث مدى اتصاله بالقانون :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 165. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 66. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. 1, No. 79.

الأخلاق وقواعد العبادات ، بل جاوز هذا النطاق الأصلي للدين الى وضع قواعد للقانون تحكم المعاملات بمعناها الواسع ، فتضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والنسب والطلاق والولاية والوصاية والوصية والميراث والعقود والاثبات والجرائم والعقوبات أو الحدود ٠

وقد نزل الوحي بهذه القواعد اما معنى ولفظا من عند الله في الكتاب أي القرآن ، واما معنى فقط من الله جرى به قول الرسول أو فعله ٠ ثم أتيح للشريعة الاسلامية أن تنمو ويتسع نطاقها بفضل الاجماع من ناحية ، والقياس من ناحية أخرى ٠ فنشأ من ذلك كله نظام قانوني ضخم متماسك كان من الممكن أن يظل سائدا الى اليوم في البلاد الاسلامية يسد حاجاتها ومطالبها التي استحدثها العصر الحديث ، لو لم يحكم عليه بالجمود اقفال باب الاجتهاد ٠ فهل ثم ضربة وجهت الى الشريعة الاسلامية أكبر من اقفال باب الاجتهاد وتحريم الرأى على المجتهدين من الفقهاء ؟ ٠ كأنما تكفى كلمة تقال بتحريم الاجتهاد وقفل بابه حتى يقفل المجتمع بابه دون التطور ويعيش في عصره على تراث الماضي وتركة الآباء(١) ! ٠

وأيا ما كان الأمر ، فقد ظلت الشريعة الاسلامية ـ باعتبارها المصدر الرسمي الأول للقانون ـ سائدة في البلاد العربية بوجه عام الى عهد قريب ، ثم ابتدأ الوعي يتيقظ في هذه البلاد بعد قرون طويلة من التأخر والانحلال وأصبح من الحتم مسايرة روح العصر بما استحدث من حاجات وضروب نشاط لم تكن معهودة من قبل ٠

ولم تكن هذه المسايرة لتتأتى الا بسلوك أحد طريقين : اما القيام بحركة احياء واسعة للشريعة الاسلامية ، بعد أن قضى على أحكامها بالجمود والقصور اقفال باب الاجتهاد طوال قرون عدة ٠ واما الاتجاه الى الغرب

---

(١) يبدو أن الثورة على اقفال باب الاجتهاد قد بلغت أخيرا بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة الاسلامية (أنظر في ذلك بخاصة : محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامي ، مدخل لدراسته ـ نظام المعاملات فيه ، ١٩٥٤ ، فقرات ٣٠١ و ٣٠٢ و ص ٢٠٤ ـ ٢٠٦) ٠

لاقتباس ما وضع فيه من قواعد قانونية حديثة ترضي حاجات العصر ونزعاته ومطالبه ·

وقد سلكت أكثر الدول العربيـــة الطريق الثاني تعجيلا بالاصـــلاح المنشود ، ونكولا عن حمل أعباء الطريق الأول أمام ما تتطلبه حركة احيـــاء الشريعة الاسلامية من جهود جمة ومصاعب جسيمة · فابتدأت حركة التشريع تنشط فيها وتروج على حساب الشريعة الاســـلامية ، حتى تخلفت بهـــذه الشريعة المرتبة بين مصادر القانون الرسمية فيها ، أو ضاق نطاق الزامها في العمـــل ضيقا كبيرا كاد يقتصر على مسائل الأحوال الشخصية أو حتى على بعضها الوثيق الصلة بالشخص كمسائل الزواج والطلاق والنسب ·

أما بقية الدول العربية ـ وهي قليلة نادرة ـ فان ظروفها الخاصة لم تشعرها بجمود فقه الشريعة الاسلامية وتخلفه ـ أمام اقفال باب الاجتهاد ـ عن روح العصر ومطالبـه · لذلك لم تستشعر هـــذه الدول حاجة ، لا الى الاقتباس عن قوانين الغرب الحـــديثة المتطورة ، ولا الى القيام ـ استغناء عن هذا الاقتباس ـ بحركة احياء شاملة لأحكام الشريعة الاسلامية · ومن هنـــا ما زالت هذه الشريعة ـ كما ثبتت عليه أحكامها منذ اقفـــال باب الاجتهاد ـ هي المصدر الرسمي الأول للقانون فيها ·

المطلب الثالث

الفقــــه

يقصد بالفقه La Doctrine مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه من أحكام قانونية · وقد تفاوتت نظرة الجماعات الى الفقه تفاوتا كبيرا · فقد عرفته في القانون القديم بعض الجماعات والشرائع مصـــدرا رسميا للقواعد القانونية فيهـــا · وانتهى به الأمر في القانون الحـــديث الى أن يصبح مجرد مصدر تفسيري ، لا قوة الزامية لأحكامه وقواعده · فنعرض في ايجاز لدور الفقه في القانون القديم ، ثم لدوره في القانون الحديث ·

١١٢ - الفقه مصدر رسمي في القانون القديم

كان للفقه حظ عند بعض الجماعات القديمة كمصدر رسمي من مصادر الالزام بالقواعد القانونية ٠ اذ أعطى بعض الفقهاء في القانون الروماني حق الفتوى الملزمة للقضاء ، ولكن في خصوص القضية المعطاة بشأنها الفتوى وحدها ٠ ثم انتهى الأمر في أوائل القرن الخامس الميلادي الى اعتبار آراء خمسة من كبار فقهاء الرومان آراء ملزمة يتعين على القضاء احترامها والأخذ بها فيما يطرح أمامه من منازعات(١) ٠ وقد اعتمد « جوستنيان » على آراء هؤلاء الفقهاء في وضع مجموعاته القانونية ٠

وكذلك فقد عظمت منزلة الفقه في الشريعة الاسلامية حتى طغى على القضاء ، فأصبح تقليدا محضا للفقه ، وخاصة بعد أن أقفل باب الاجتهاد(٢) وتقيد الرأي بالمذاهب الأربعة المشهورة عند السنة : المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ٠ بل انتهى الأمر الى التشيع لمذهب بعينه من هذه المذاهب الأربعة ، والزام القضاء بالحكم وفقه ٠ وما يزال أثر ذلك بارزا في مصر ، حيث يتقيد القضاء فيها الى اليوم - في المسائل التي ما تزال محكومة أساسا بالشريعة الاسلامية - بالأخذ بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي ٠

١١٣ - الفقه مصدر تفسيري في القانون الحديث

غير أن الفقه قد فقد في العصر الحديث قوته الملزمة ، فانعدم دوره كمصدر رسمي للقواعد القانونية ، ولم يعد لآراء فقيه من الفقهاء مهما علا

---

(١) أصدر امبراطور الدولة الشرقية وامبراطور الدولة الغربية الرومانية قانونا مشتركا في سنة ٤٢٦ ميلادية ، قضي بقصر التقيد بالفقه على آراء الفقهاء الخمسة المشهورين : « جايوس » و « بول » و « البين » و « بابنيان » و « مودستان » ومن نقلوا عنهم من الفقهاء القدامي ، بحيث اذا اختلفت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، واذا تساوت اعتمد الجانب الذى ينحاز اليه « بابنيان » (أنظر : عمر ممدوح مصطفى ، الفقه عند الرومان ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الثانية ، العدد الرابع ، ص ٦٠٠ و ٦٠١ ٠ - عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٣ ، ص ١١٢) ٠

(٢) أنظر في دور الفقه في الشريعة الاسلامية :
عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، خاصة فقرة ١٠٦ ٠

شأنه ولا لآراء جمهرة الفقهاء قوة الزام قانونية يخضع لها القضاء أو يتقيد بها • وبذلك أصبح دور الفقه اليوم قاصرا على تفسير القانون بما يتاح له من التوفر على الدراسة العلمية لأحكامه وقواعده ، مما ينير الطريق أمام القضاء فيما يواجهه من مهمة تطبيق القانون •

فغدا الفقه اذن فى القانون الحديث مجرد مصدر تفسيرى للقواعد القانونية • وليس ينتقص ذلك من قدره ، فمهمته ما تزال عظيمة الأثر والخطر • اذ يوجه القضاء ، كما قلنا ، بتفسيره أحكام القانون • كما يوجه المشرع بتنبيهه الى الفاسد من هذه الأحكام ليرفعه والى الناقص منها ليكمله ، وان كان يستعين فى تبين هذا النقص وذاك الفساد بما يظهره العمل فيما يطرح أمام القضاء من منازعات •

واذا كان الفقه لم يعد معتبرا بوجه عام مصدرا رسميا للقواعد القانونية فى القوانين والشرائع الحديثة ، فان هذا هو حاله كذلك اليوم فى القانون المصرى من حيث المبدأ(١) ، اذ ليس له من دور الا الدور الذى رأينا الشرائع الحديثة تستقر على الاعتراف له به ، وهو الدور التفسيرى الذى يعين على تفهم أحكام القانون واستخلاص أصوله ومبادئه(٢) •

---

(١) ولكن ينبغى مراعاة ان القضاء ما يزال مقيدا - حتى بعد الغاء المحاكم الشرعية - بالحكم فى بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف طبقا لأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية (م ١/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى تحيل على المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) • وهو ما يمكن أن يعطى الفقه الحنفى دور المصدر الرسمى فى حدود ما ينطوى عليه من ابتداع فى خصوص هذه المسائل •

(٢) ويقطع بذلك فى القانون المصرى أن المادة الأولى من التقنين المدنى الحالى - وهى تعدد المصادر الرسمية للقانون - لم تذكر الفقه من بينها • بل ان المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان حريصا على تأكيد الدور التفسيرى للفقه بنصه على أن يستلهم القاضى « الأحكام التى أقرها الفقه مصريا كان أو أجنبيا » ، وذلك على أساس اعتبار الفقه عنصرا من العناصر التى يستأنس بها فى استخلاص قواعد القانون وتقصى مفهومها دون أن يكون له قوة فى الالزام (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٩) • ولكن تقرر حذف هذا النص فى مجلسى البرلمان ، اذ الأمر لا يعدو مجرد الاسترشاد ، وفى القواعد العامة ما يغنى عن حكمه (المرجع السابق ، ص ١٩٠ و ١٩٢) •

المطلب الرابع

القضاء(١)

اذا كان اصطلاح « القضاء » (La Jurisprudence) ينصرف عادة الى مجموع المحاكم الموجودة فى دولة معينة ، الا أنه يقصد به فضلا عن ذلك مجموع الأحكام التى تصدرها هذه المحاكم ، أو بمعنى أدق مجموع المبادىء القانونية التى تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها .

وقد تفاوت حظ القضاء - كمصدر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية - تفاوتا كبيرا بتفاوت الزمان وتفاوت الجماعات . فنعرض بايجاز لاختلاف النظر اليه فى هذا الشأن .

١١٤ - القضاء عند الرومان

عرف الرومان القضاء مصدرا من مصادر الالزام بالقواعد القانونية عن طريق ما كان يصدره كل « بريتور » (Préteur) عند ولايته القضاء من منشور يضمنه القواعد القانونية التى يعتزم السير عليها والزام الناس بها ، ثم عن طريق « المنشور الدائم » الذى تكون من خلاصة المنشورات القضائية واستمر قائما حتى عهد الامبراطورية(٢) .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, Méthods d'interprétation et sources en droit privé positif, t. II, Nos. 145 — 149. — Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à G. Ripert, 1950, t. I, pp. 28-50. — Walline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. Scelle, 1950, t. II, pp. 613 - 632.

(٢) أنظر فى ذلك :

Marty et Raynaud, t. I, No. 119, p. 201.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٠٢ .

١١٥ - القضاء في القانون الانجليزي(١)

وكذلك فما زال القانون الانجليزى الى اليوم يعرف للقضاء دوره كمصدر رسمي للقانون ، بل كمصدر من أهم مصادره . فالنظام القانوني الانجليزى يقوم في جزء كبير منه على أساس « السابقة القضائية » (Precedent) (٢) اى على أساس تقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة ، وتقيد المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هي نفسها من أحكام ، مما يجعل للحكم القضائي قوة الزام في العمل فيما يطبق أو ينشيء من قاعدة قانونية(٣) ، فلا تجوز من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها في نزاع مماثل .

١١٦ - القضاء في أغلب القوانين الحديثة

أما في غير القانون الانجليزى وما ينهج نهجه من قوانين الدول الأنجلوسكسونية أى في أغلب القوانين الحديثة ومن بينها القانون الفرنسى والقانون المصرى . فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، بل هو مجرد مصدر تفسيرى لها كالفقه سواء بسواء ، مع فارق واحد بينهما يرجع الى اختلاف وظيفتهما . هو ان القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذى يعطيه للقانون تطبيقا عمليا فيما يحكم فيه من أقضية ، بينما يظل تفسير

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Mohanna, Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés, thèse Paris, 1980.

(٢) أنظر في ذلك :

Allen, Law in the making, pp. 225-298. — Goodhart, Le précédent en droit anglais et continental, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit, Le problème des sources du droit positif. 1934, pp. 37 et s.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرات ١٠٨ - ١١١ و ١١٣ . - سليمان مرقس ، فقرة ١٧٤ ، ص ٢٧٤ . - برهام محمد عطا الله ، قاعدة الزامية السابقة القضائية وأفولها في القانون الانجليزى الحديث ، مجلة الحقوق ، س ١٥ ، ع ١ ، ص ١٢٧ - ١٨٢ .

(٣) أنظر في الخلاف حول أساس قاعدة الزامية السابقة القضائية وما يترتب عليه من خلاف حول دور القضاء الانجليزى الكاشف أو الخلاق للقواعد القانونية : برهام عطا الله ، المقالة السابقة ، ص ١٥٠ - ١٥٦ . وأنظر فيما ترتب على القول بالدور الخلاق من ابتداء أفول قاعدة الزامية السابقة القضائية ، المقالة السابقة ، ص ١٣٢ و ص ١٥٤ وما بعدها .

الفقـه نظريا مبسـوطا في بطون الـكتب والمؤلفات لا يجد طريقه الى التطبيق العملي الا أن يأخذ به القضاء طوعا واختيارا اعترافا بما قد يكون لهذا التفسير من حجة وقوة علمية ٠

١١٧ ـ الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا

ولعل هذا الفارق بين الفقه والقضاء ، وتوصل القضاء الى اعطاء تفسيره للقانون قوة في نطاق العمل بتطبيقه هذا التفسير فعلا في المنازعات المطروحة أمامه ، هو الذي يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء ـ وبخاصة في القـانون الفرنسي ـ من اعتبـار القضاء مصـدرا من المصـادر الرسمية للقـواعد القانونية(١) ٠

فالقضاء في نظرهم ، اذا كان لا يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية حين يقتصر على التفسير بمعناه الضيق ، أى حين يطبق قاعدة قانونية واضحة لا تحتاج الى تأويل ، أو حين يعمد الى قاعدة قانونية غامضة فيزيل ما بها من غموض . الا أنه يعتبر على العكس من ذلك مصدرا للالزام بالقواعد القانونية حين يضطر الى التفسير بمعناه الواسع ، أى حين يضطر أمام عدم وجود قواعد قانونية وضعية الى الحكم فيما يطرح أمامه من منازعات لكيلا ينكل عن القضاء فيرتكب جريمة انكار العدل ، اذ هو بذلك انما يخلق قاعدة جـديدة يعطيها قوة الالزام في العمل ، فيعتبر اذن ضمن المصادر الرسمية للقانون(٢) ٠

---

(١) في هذا المعنى :

De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 293. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 119, 120 — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 105 - 108. Maury, article précité. — Roubier, op. cit., p. 7. — Waline, article précité.

محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ و ١٥٣ ـ عدنن القوتلي ، الوجيز في الحقوق المدنية ، ج ١ ، ط ٤ ، ١٩٦٠ ، ص ٢٦٦ ـ ٢٦٨ ٠

وقارب فيما يراه بعض الفقهاء المصريين من اعتبار القضاء مصدرا شبيها بالرسمي للقانون المصري : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ ، وخاصة ص ١٨٨ ٠

(٢) يبرر بعض الفقهاء اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية على أساس رضاء المشرع الضمني بسكوته على ما يبتدع القضاء من مبادىء وأحكام Waline, article précité, pp. 627 et s. ، أو على أساس تقبل ذوى الشأن من الجمهور له ممثلين في القضاة والفقهاء ورجال القانون (Maury, article précité, pp. 48 et s.) .

انظر في انتقاد هذه التبريرات :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 159, pp. 382, 383.

ويعين على القول - عند هؤلاء الفقهاء - باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية وجود محكمة كمحكمة النقض يجعلها القانون رقيبة على أحكام المحاكم ، مما يمكن من توحيد القواعد القانونية التى يخلقها القضاء ويبتدعها عند عدم وجود قواعد وضعية تطبق على المنازعات المطروحة أمامه · بحيث يمكن أن يستخلص من أحكام القضاء المتعددة المتباينة بتباين ما حكمت فيه من أقضية ، وبفضل رقابة محكمة النقض وارشادها وتحكيمها بين الحلول والأحكام المتعارضة تحكيما تنزل المحاكم على احترامه · بحيث يمكن أن يستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضاء ، وقواعد ثابتة يستقر عليها ويلتزم بها فيما يعرض أمامه فى المستقبل من أقضية متماثلة(١) فترتفع هذه القواعد بذلك عن مجرد القواعد الموضوعة لنزاع بعينه الى مرتبة القواعد العامة المجردة التى تتسع فى الحال وفى الاستقبال لطائفة غير متناهية من الافراد والروابط المتماثلة فى صفاتها وشروطها ، مما يعطيها صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح ·

١١٨ - القضاء مصدر تفسيرى حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية

ولكن الواقع أنه لا يمكن التسليم باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية فى نظام قانونى لا يعترف بوجود سوابق قضائية ملزمة(٢) · ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر فى مجرد تطبيق القواعد القانونية مما يفترض وجود هذه القواعد سلفا ، وتمام خلقها وتكوينها من قبل عن طريق سلطات أخرى غير سلطات القضاء ·

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بصفة خاصة :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 294-296.

(٢) فى هذا المعنى :

Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, Nos. 113 - 118. — Gény, op. cit., t. II, Nos. 146 . 148. — Ripert, Les forces, créatrices du droit, No. 4, pp. 159 - 161.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرات ١١٥ ، ١٢٠ · - سليمان مرقس ، فقرة ١٧٥ - محمد على امام ، فقرات ١٤٢ - ١٤٤ · - محمود جمال الدين زكى ، فقرات ٧١ - ٧٣ ·

وأنظر فى انكار اعتبار القضاء مصدرا رسميا حتى فى ظل النظام الانجليزى الذى يقوم على أساس السوابق القضائية الملزمة : برهام عطا الله ، المقالة السابقة ، هامش «١» ص ١٥٣ ، و ص ١٥٤ ·

فضلا عن أنه لكي يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقانون ـ حتى في الحدود التي يقول بها بعض الفقهاء ، أى عند عدم وجود قاعدة من القواعد القانونية الوضعية يمكن تطبيقها ـ ينبغي أن تتوافر للحلول التي يخلقها القضاء ويبتدعها صفة القواعد القانونية . بمعنى أنه يجب أن تتوافر لهذه الحلول التي تستقر عليها أحكام القضاء صفة العموم والتجريد من ناحية ، وصفة الالزام من ناحية أخرى . فهل تتوافر حقيقة هاتان الصفتان في قضاء لا يستوى على أساس من السوابق الملزمة ؟

الواقع ان صفة العموم والتجريد مفقودة في الحلول التي ينشئها مثل هذا القضاء ، لانها محدودة بالخصومات التي صدرت فيها فلا تتعداها الى غيرها من الخصومات المستقبلة المتماثلة ، فهي اذن حلول خاصة لا ترتفع الى مرتبة القواعد العامة المجردة(١) .

ولا يطعن في ذلك القول بأن المقصود هو الاتجاه العام الذى يستخلص من استقرار أحكام القضاء على حل معين ، لأنه حتى تكون لمثل هذا الاتجاه العام صفة القاعدة العامة المجردة ، ينبغي أن يكون اتجاها تلتزم المحاكم جميعا دون استثناء بالسير فيه والحكم بمضمونه كلما عرض نزاع متعلق بموضوعه . وهو ما لا يتحقق دائما ، لأنه لا يوجد قانونا ما يلزم محكمة من المحاكم ـ في نظام لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة ـ باتباع اتجاه عام معين للقضاء ابتدعه وتواتر على السير فيه .

ومجرد قيام حق المحاكم قانونا في مخالفة هذا الاتجاه العام ـ ولو لم تخالفه فعلا ـ يمنع من توافر صفة العموم والتجريد له ، اذ لا يتوجه حينئذ هذا الاتجاه العام الى طائفة غير متناهية من الأشخاص والروابط المتماثلة بصفاتها وشروطها كما هو الشأن في كل قاعدة قانونية ، وانما يتوجه فحسب

---

(١) بل ان بعض المشرعين في القانون الحديث يحرص على النص على نفي كل شك قد يقوم في هذا الصدد ، منعا لتخلط بين الأحكام القضائية والقواعد القانونية ، وتأكيدا لانحصار السلطة القضائية في اختصاصها الأصيل وهو تطبيق القانون دون جور على اختصاص السلطة التشريعية في انشاء القانون والالزام بقواعد قانونية . ومن هؤلاء المشرع اللبناني ، الذى نص على أنه « لا يجوز (للمحاكم) أن تصوغ أحكامها في صيغة الأنظمة » (م ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية) .

الى من ترغب كل محكمة رغبة اختيارية فى اخضاعه من هذه الطائفة لحكم هذا الاتجاه . فتتحدد هذه الطائفة اذن برغبة المحاكم ، لا بصفات من يدخل فيها من أشخاص ، أو شروط ما ينطوى تحتها من روابط .

وهذا يكشف عن فقدان الصفة الثانية اللازم توافرها للحلول القضائية المبتدعة حتى تعد من قبيل القواعد القانونية الوضعية ، وهى صفة الالزام . ففى نظام قانونى ، كالنظام الفرنسى أو المصرى ، لا يقوم على السابقة القضائية الملزمة المعترف بها فى القانون الانجليزى والقوانين الأخرى التى تنحو نحوه ، يكون من العبث اذن وصف حلول القضاء أو اتجاهاته العامة المبتدعة بصفة القواعد القانونية الوضعية .

والقول بعكس ذلك استنادا الى أن وجود محكمة النقض كفيل بحمل بقية المحاكم على احترام ما تبتدعه أو تقره من حلول ، انما هو قول يخلط فى الحقيقة بين قوة الالزام الأدبى وقوة الالزام القانونى لأحكام محكمة النقض . فقضاء محكمة النقض سواء فى فرنسا أو مصر لا يتمتع بقوة الزام قانونى لا بالنسبة اليها نفسها ، ولا بالنسبة لما دونها من محاكم(١) : فلا تثريب على محكمة النقض ان هى رجعت عن قضاء سبق أن استقرت عليه ، ولا جناح على المحاكم الدنيا ان خالفت عن قضاء ثبتت عليه محكمة النقض .

ولئن كان الحاصل فى العمل هو احترام المحاكم الدنيا عادة لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فليس ذلك الا احتراما مبعثه مجرد الزام أدبى أو فعلى لا قانونى ، يرجع الى ما تتمتع به محكمة النقض فى نفوس قضاة المحاكم الدنيا من توقير ومهابة ، والى ما لها من سلطة نقض أحكام هذه

---

(١) ومع ذلك ، فينص المشرع على حالة يكون لقضاء محكمة النقض فيها قوة الزام قانونى . وهى الحالة التى تنقض فيها محكمة النقض ـ لغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص ـ حكما من الأحكام لخطأ فى تطبيق القانون ، وتحيل القضية الى دائرة أخرى فى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لتحكم فيها من جديد ، فحينئذ تلتزم هذه الدائرة باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها (م ٢/٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد). ولكن يجب أن يراعى أنه حتى فى هذه الحالة . فان القضاء الملزم لمحكمة النقض ـ فيما يبتدع من حلول جديدة ـ لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، لأنه قضاء خاص بنزاع معين لا يعدوه الى غيره من المنازعات والخصومات المتماثلة الحاضرة أو المستقبلة ، فلا تتوافر له اذن صفة العموم ولا صفة التجريد .

المحاكم اذا لم تطبق القانون التطبيق الصحيح ·

فالثابت اذن أنه في ظل نظام قانوني لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة ، لا يتمتع قضاء محكمة النقض بقوة الزام قانوني(١) تسبغ على الحلول التي يبتدعها – في مجال انعدام القواعد القانونية الوضعية – صفة هذه القواعد · ولا يكفي ما يتمتع به هذا القضاء من قوة الزام أدبي أو فعلي لاسباغ هذه الصفة عليها ، اذ يبقى قانونا للمحاكم الدنيا حق المخالفة عنها ولو على حساب تعريض أحكامها للنقض ·

١١٩ – القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري

يخلص من كل ذلك أن القول باعتبار القضاء مصدرا للقواعد القانونية قول غير صحيح في دول كمصر وفرنسا ، لا وجود فيها للسابقة القضائية المعترف بقوتها الملزمة في الدول الأنجلوسكسونية · ولذلك لا يعتبر القضاء فيها الا مجرد مصدر تفسيري فحسب ·

وهذا واضح في القانون المصري ، حيث تغفل المادة الأولى من التقنين المدني « القضاء » وهي بسبيل تعديد المصادر الرسمية للقانون · ويزيد في تأكيد ذلك حذف النص ، الذي كان يتضمنه أصلا المشروع التمهيدي لهذا التقنين ، على أن يستلهم القاضي « الأحكام التي أقرها القضاء ·· مصريا كان أو أجنبيا » · فرغم ما هو ظاهر من أن هذا النص كان لا يعني الا الرجوع الى أحكام القضاء على سبيل الاستئناس لا الالزام ، الا انه رؤى أن من الأوضح حذفه حتى لا ينصرف الذهن الى الالتزام بهذه الأحكام واعتبار القضاء بالتالي مصدرا رسميا للقانون المصري · وليس في حذف مثل هذا النص على أي حال ما يضير ، ففي القواعد العامة ما يغني عن حكمه(١) في اعتبار القضاء مصدرا تفسيريا يستأنس به ·

واذا كان القضاء مجرد مصدر تفسيري على هذا النحو ، فلا ينفي ذلك أن دوره يبقى فعالا وكبيرا في الحياة القانونية ، اذ هو الميدان الذي تعرض فيه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٩٢ ·

صور عملية شتى لتطبيق القواعد القانونية المجردة ، وهو الأداة التى تعين على جعل القانون دائما متمشيا مع ما يستجد فى الحياة الاجتماعية من مطالب وحاجات ٠

لذلك تبدو الأهمية البالغة للوقوف على أحكام القضاء ، بحيث تبدو الحاجة ملحة الى وجوب نشر هذه الأحكام فى مجموعات دورية لتيسير الاطلاع عليها والرجوع اليها ٠

وفى القانون المصرى ، توجد مجموعات قضائية عديدة رسمية وخاصة على السواء ، نعرض لأهمها فيما يلى :

١ ـ « المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية » التى كانت تصدرها وزارة العدل منذ سنة ١٩٠٠ ٠ وقد أصبحت هذه المجموعة منذ سنة ١٩٦٣ تصدر عن المكتب الفنى بمحكمة النقض ، وتغير عنوانها الى « المجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية » ٠

٢ ـ « مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض » والمعروفة باسم مجموعة عمر ، وتتضمن فى خمسة أجزاء أحكام الدائرة المدنية وفى سبعة أجزاء أحكام الدائرة الجنائية التى أصدرتها المحكمة منذ انشائها الى نهاية العام القضائى ١٩٤٨ ـ ١٩٤٩ ٠

٣ ـ « مجموعة أحكام النقض » التى يتولى المكتب الفنى بمحكمة النقض(١) منذ سنة ١٩٥٠ نشرها فى مجموعتين مستقلتين ، احداهما لأحكام الدائرة الجنائية ، والأخرى لأحكام الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية والجمعية العمومية والهيئة العامة ٠

٤ ـ « مجلة المحاماة » التى تصدرها نقابة المحامين الوطنية منذ سنة ١٩٢٠ ٠

---

(١) وقد قام المكتب الفنى كذلك بنشر مجموعتين أبجديتين للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ربع القرن الأول من حياتها أى من سنة ١٩٣١ الى سنة ١٩٥٥ ، الأولى للأحكام المدنية وتقع فى جزئين ، والثانية للأحكام الجنائية وتقع فى ثلاثة أجزاء ٠

٥ ـ « مجلة التشريع والقضـــاء » التى كانت تصـــدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتى توقفت عن الصدور فى السنوات الأخيرة .

وتنبغى الاشارة الى أنه صدرت أثناء قيام المحاكم المختلطة فى مصر ثلاث مجموعات لنشر أحكامهـــا هى : « المجموعة الرسمية للمحـــاكم المختلطة » و « نشرة التشريـــع والقضـــاء المختلط » Bulletin de législation et de Jurisprudence mixtes التى كانت تصـــدر عن نقـــابة المحـــامين أمام المحـــاكم المختلطة مقتصرة على نشر أحكام محكمة الاستئناف المختلطـة و « جازيت المحاكم المختلطة » Gasette des tribunaux mixtes

المبحث الثانى

المصادر الرسمية للقانون المصرى

١٢٠ - تمهيد وتقسيم

استعرضنا بوجه عام - حتى الآن - المصادر الرسمية المختلفة للقواعد القانونية فى مختلف الجماعات · ويعنينا فيما يلى أن نقف على المصادر الرسمية للقانون المصرى بوجه خاص ·

ولقد انتهينا فيما سبق الى استبعاد الفقه والقضاء من عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية فى هذا القانون · فلا يبقى منه اذن - مما تعرفه الجماعات عموما من مصادر رسمية - الا التشريع والعرف والدين · وقد تفاوت حظ هذه المصادر الثلاثة فى اعتماد القانون المصرى عليها تفاوتا كبيرا · فقد كانت الشريعة الاسلامية هى السائدة فى مصر منذ الفتح الاسلامى باعتبارها الشريعة العامة فكانت أهم مصادر الالزام بالقواعد القانونية عموما ، الا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين ، اذ كان المرجع فيها الى ديانات الخصوم ومللهم المختلفة · وكان حظ العرف والتشريع ضئيلا متواضعا الى جنب الشريعة الاسلامية ·

ثم كان أن بدأت حركة التشريع والتقنين الحديثة فى مصر منذ أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، فقفز بذلك التشريع الى مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون فيها ، وانكمش نطاق الشريعة الاسلامية انكماشا كبيرا ، حتى كادت تساوى الشرائع والملل الدينية الأخرى من حيث انحصارها فى مجرد الالزام بقواعد الأحوال الشخصية · بل ان هذا النطاق ذاته ظل يضيق ويتراجع أمام امتداد التشريع الى تناول بعض مسائل الأحوال الشخصية ، مما أصبح معه الدين - على اختلاف أنواعه باختلاف عقائد

الخصوم - مجرد مصدر رسمي للبعض من مسائل الأحوال الشخصية التي ظلت بمنأى عن تدخل التشريع • وبقي للعرف دوره كمصدر رسمي للقانون المصري الى جنب التشريع والدين •

وعند اعداد التقنين المدني الحالي - الذي وضع موضع التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو أجل انتهاء المحاكم المختلطة وتوحيد القانون والقضاء بالنسبة للمصريين والأجانب على السواء - رؤى أن يفرد للشريعة الاسلامية بين مصادر القانون المصري الرسمية - فضلا عن مركزها كمصدر رسمي أصلي في بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المسلمين أساسا - مركز خاص في غير مسائل الأحوال الشخصية ، بحيث يرجع اليها - عند قصور قواعد التشريع والعرف - بالنسبة الى الجميع مسلمين وغير مسلمين • فنصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني الحالي على أنه اذا « لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ••• » وبذلك أصبحت الشريعة الاسلامية - في غير مسائل الأحوال الشخصية - مصدرا رسميا احتياطيا للقانون المصري تأتي مرتبتها بعد العرف •

ويراعى أن هذا النص ، بعد أن أوجب الحكم بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، مضى فأوجب الحكم - عند عدم وجود مبادىء للشريعة الاسلامية - بمقتضى « مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » • وعندنا أن الاحالة على مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تخلق من هذه القواعد وتلك المبادىء مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق • فهذه الاحالة لا تعدو أن تكون رجوعا بالقاضي الى جوهر القانون ، أي الى المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل ، وهو ما نعرض له في موضعه الطبيعي عند الكلام في تفسير القاعدة القانونية •

وعلى هذا النحو نستطيع أن نقول أن المصادر الرسمية للقانون المصري هي : أولا ، في غير مسائل الأحوال الشخصية : التشريع ، ثم العرف ، ثم الشريعة الاسلامية • وثانيا ، في مسائل الأحوال الشخصية : الدين أي الديانات المختلفة في مصر باختلاف عقائد المصريين •

غير أن هذه المصادر الرسمية ليست جميعا فى مرتبة واحدة : فبعضها مصادر أصلية تطبق قواعدها ابتداء ومباشرة قبل الرجوع الى أى مصـــدر رسمى آخر ، كالتشريع من ناحية ، والدين فى حدود اختصاصه أى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية من ناحية أخرى • وبعضها مجرد مصادر احتياطية لا تطبق الا عند عدم وجود نص فى التشريع ، وهى العرف ، ثم الشريعـــة الاسلامية •

وعلى هذا النحو ، نعرض للمصادر الرسمية للقانون المصرى فى مطلبين:

المطلب الأول - فى المصادر الأصلية •

المطلب الثانى - فى المصادر الاحتياطية •

المطلب الأول

المصادر الرسمية الأصلية

١٢١ - ازدواج المصدر الرسمي الأصلي للقانون المصري

قلنا ان المصادر الرسمية الأصلية يقصد بها الدلالة على تلك المصادر التي تطبق قواعدها مباشرة وابتداء ، فيرجع اليها - عند التطبيق - قبل الرجوع الى أي مصدر رسمي آخر ٠

والمصادر الرسمية الأصلية في القانون المصري مصدران : مصدر أصلي عام هو التشريع ، ومصدر أصلي خاص هو الدين ٠ والمقصود من اعتبار التشريع مصدرا أصليا عاما ، الدلالة على ما له من اختصاص عام في الالزام ابتداء بالقواعد القانونية ، فاختصاصه اذن لا يقتصر على مسائل معينة ، وانما يمتد ويعم كل المسائل التي يتعرض لها القانون ، بحيث تكون قواعده هي المرجع الاول في كل المسائل عموما الا ما يستثنى منها استثناء بحتا بالاحالة في شأنها ابتداء الى مصدر رسمي آخر ٠ أما اعتبار الدين مصدرا أصليا خاصا ، فالمقصود منه الدلالة على أن الأديان المختلفة السائدة في مصر - باختلاف عقائد المصريين ومللهم - هي المرجع الأول في حدود مسائل معينة محددة لا تعدوها ، هي بعض مسائل الأحوال الشخصية أساسا ٠

وقد دعا الى هذا الازدواج في المصدر الأصلي في القانون المصري ، ما ثبت في مصر من تقاليد منذ الفتح الاسلامي من اعتبار مسائل الأحوال الشخصية وثيقة الصلة بالدين ، وترك غير المسلمين وما يدينون بشأنها بحيث يخضع كل منهم - في مسائل الأحوال الشخصية - لأحكام دينه وملته ، ويطرح المنازعات المتعلقة بها أمام مجلس قضائه الديني أو الملي ٠ فكان من العسير - ومثل هذه التقاليد ما زالت راسخة في النفوس - توحيد القواعد القانونية في كل مسائل الأحوال الشخصية عن طريق التشريع ٠

وظاهرة ازدواج المصدر الأصلى للقانون المصرى(١) ، هى التى تحدد لنا نهج البحث فى شأنه • ولذلك نتكلم أولا فى التشريع بوصفه المصدر الأصلى العام ، ثم فى الدين بوصفه المصدر الأصلى الخاص •

الوجه الأول

التشريع

المصدر الأصلى العام

١٢٢ - تمهيد وتقسيم

سبق أن أشرنا الى أن العرف كان أسبق المصادر الرسمية الى الوجود ، فكان حظ التشريع الى جنبه ضئيلا فى الجماعات القديمة • غير أن الوضع قد انقلب فى العصر الحديث فاصبح التشريع - فى أغلب الجماعات اليوم - فى المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية • ومرد ذلك الى تعدد ضروب النشاط فى الجماعات الحديثة وتضخم حاجاتها وتعقدها وتعارض المصالح فيها وتشابكها ، مما يحتاج الأمر معه - نظرا الى وفرة القواعد القانونية الواجب فرضها - الى سرعة سنها من ناحية ، والى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية أخرى ، وهو ما لا يتوافر الا للتشريع الذى تقوم على شئونه هيئة أو هيئات معينة متخصصة فى سن القواعد القانونية وصياغتها ، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون ووسائله وبصر بأهدافه وغاياته ، فضلا عن أن رواج المذاهب الاجتماعية والاشتراكية فى العصر الحديث

(١) سنرى من بعد أن هذا الازدواج معيب ، اذ يقضى على ما يجب أن يقوم بين الوطنيين جميعا من وحدة فى القانون ووحدة فى الهيئة القضائية • لكننا سنرى أن المشرع المصرى قد ابتدأ أخيرا السير فى طريق هذه الوحدة بتوحيد الاختصاص القضائى فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى الجميع دون تفريق بين الأديان ، وبتوحيد القواعد القانونية كذلك بالنسبة الى الجميع فى شأن بعض مسائل الأحوال الشخصية المحدودة . مما يبشر بقرب استكمال تلك الوحدة بعد قرون طويلة من تعدد قواعد القانون وتفرق جهات القضاء بين المصريين بتعدد دياناتهم وتفرق مللهم •

وهى التى تقوم على أساس من تدخل الدولة تدخلا مباشرا فى كل مظاهر النشاط فى الحياة الاجتماعية قد مكن للتشريع فى الأهمية ، فهو أداة الدولة ووسيلتها الى التدخل المنشود .

وقد احتل التشريع فى القانون المصرى المرتبة الأولى بين مصادره منذ صدور التقنينات المصرية المختلفة - المختلطة منها والأهلية - فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، بحيث أصبح هو المصدر الرسمى الأصلى العام له ، أى صارت كل المسائل عامة - الا ما استثنى - خاضعة أصلا وابتداء لنصوصه .

١ - خصائص التشريع

١٢٣ - تمهيد

التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة فى الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكليف بها فى صورة مكتوبة ، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة واعطائها قوة الالزام فى العمل . ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التى تصدر عن هذا المصدر ، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر فى وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة فى الدولة .

ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولا قاعدة قانونية ، وبأنه يصدر ثانيا فى صورة مكتوبة ، وبأنه يصدر ثالثا عن سلطة عامة مختصة . فنتكلم فى كل هذه الخصائص على التوالى .

١٢٤ - التشريع يضع قاعدة قانونية

يقصد بذلك أن يضع التشريع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة . ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذى يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها . لأن مثل هذا الأمر - وان صدر عن سلطة عامة مختصة باصداره

- لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك ، اذ لا يتوجه الى طائفة غير محدودة من الافراد يتعين من يدخل فيها بصفته لا بذاته ، ولا الى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يتحدد فيها الدخول بشروط معينة • فالتشريع اذن - وهو تعبير عن القاعدة القانونية والزام بها - ينبغي أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التي سبق بيانها •

ومن هنا ، تفهم التفرقة التي يذهب اليها بعض الفقهاء بين التشريع بالمعنى الشكلي وبين التشريع بالمعنى الموضوعي أو المادي(١) • فالحكم الذي يصدر في صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية ، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التي تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية • وواضح أن اعتبار التشريع مصدرا رسميا للقاعدة القانونية لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف الا بمعنييه الشكلي والموضوعي معا • وعلى ذلك ، فاذا كانت كثير من الدساتير - كالدساتير المصرية المتعاقبة - تقضي بأنه لا يجوز عقد قرض عمومي الا بموجب قانون ، ولا منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود ، فان القانون أو التشريع الصادر بعقد القرض أو بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعي لتخلف صفة العموم والتجريد فيه وهي من خصائص القاعدة القانونية الرئيسية ، وان كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلي لصدوره عن السلطة التشريعية العادية(٢) • وكذلك فاذا كانت ميزانية الدولة تصدر في صورة قانون أو تشريع ، فان هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية وحدها دون الناحية الموضوعية(٣) •

---

(١) في هذا المعنى :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 198 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 78. — Del Vecchio, op. cit., pp. 307, 308.

(٢) أنظر :
Marty et Raynaud, ibid.

(٣) قارن مع ذلك :
Del Vecchio, op. cit., p. 308.

١٢٥ - التشريع يصدر في صورة مكتوبة

يقصد بذلك أن يخرج التشريع الى الوجودفي صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على الزامه . فيتاح بذلك للقاعدة القانونية التي يتضمنها - عن طريق الألفاظ التي تفرغ فيها افراغا كتابيا - التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الغموض والابهام . وان يكن تقييد معنى القاعدة القانونية بلفظ معين مكتوب ، قد يدفع القاعدة نفسها الى نوع من الجمود يقف بها عن مسايرة التطور في الجماعة والاستجابة لما يجد من حاجاتها(١) .

وأيا ما كان الأمر ، فتميز التشريع بثبوته عن طريق الكتابة(٢) ، يفرق - من هذه الناحية - بينه وبين العرف الذي لا يفرغ في لفظ مكتوب أو وثيقة مسطورة ، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة مع الاعتقاد في الزام هذه السنة .

ولعل وضع التشريع - دون العرف - في صيغة مكتوبة ، يجعل للأول حظا أوفر من الدقة والتحديد والوضوح بما يحقق الاستقرار والأمن في المعاملات ، وان كان يجعل للثاني حظا أوفر من المرونة والقدرة على التكيف وفقا لحاجات الجماعة وتطورها .

١٢٦ - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

ليست القاعدة التشريعية بالقاعدة القانونية التي تتكون آليا دون تدخل ارادة عاقلة بصيرة واعية ، بل هي قاعدة تتولى وضعها والالزام بها سلطة عامة مختصة في الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة فيها . وبذلك يبدو - في التشريع - دور الارادة واضحا جليا في تكوين القاعدة القانونية من حيث الشكل .

---

(١) وهنا تبدو أهمية الصياغة المرنة ودورها الكبير في تلافي مثل هذا الجمود كما سبق القول .

(٢) المقصود أن تكون الوثيقة المكتوبة للتشريع وثيقة رسمية صادرة عن السلطة المختصة ، لذلك كان اختلاف العرف عن التشريع من هذا الوجه . وهو اختلاف يظل قائما حتى ولو قام بعض الفقهاء بتجميع قواعد العرف في كتاب ، اذ تكون الكتابة هنا عملا فرديا مستقلا عن قواعد العرف نفسها التي نشأت وتكونت في الجماعة في صورة عملية غير مكتوبة .

وتولى سلطة عامة مختصة فى الدولة وضع القواعد القانونية والالزام بها ، صار فى العصر الحديث - بعد أن تضخمت الجماعات عما كانت عليه فى القديم وتعقدت حاجاتها ومطالبها - أمرا ضروريا يقتضيه ما تحتاجه هذه الجماعات من سرعة فى الانتاج القانونى ، وصياغة فنية دقيقة له تيسره للتطبيق العملى فى تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والأمن فى المعاملات • فلم يعد فى الامكان - كما كانت تفعل الجماعات القديمة - الركون الى العرف والاعتماد عليه بصفة أساسية ، وهو المعروف ببطء انتاجه ، نظرا لما يحتاجه من وقت طويل حتى يتكرر العمل به ويقدم ، وحتى تثبت لدى الأفراد العقيدة فى الزامه •

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة فى الانتاج ، فان هذه السرعة - ان لم تصاحبها العناية الواجبة - قد تنجم عنها مضار جمة • فقد يغلب المشرع عامل السرعة على عامل الدقة فى الصياغة ، مما لا يؤمن معه خروج التشريع معيبا أو قاصرا أو متعارضا مع غيره من التشريعات ، وهو ما يضطر المشرع الى الاسراع فى تعديله ، ثم موالاة هذا التعديل السريع بتعديل آخر وهكذا •• حتى تكثر التشريعات فى نفس الموضوع كثرة كبيرة تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات ، وتثير مشاكل دقيقة من التنازع الزمانى بين هذه التشريعات المتلاحقة •

وفضلا عن ذلك فان انتشار المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى اليوم هو الذى ركز - بما يستتبع من تدخل الدولة فى كل شئون الحياة والنشاط فى الجماعة تدخلا متزايدا - حق وضع القواعد القانونية والالزام بها بين يدى الدولة بسلطاتها التشريعية المختصة تحقيقا للصالح والعدل العام •

٢ - سن التشريع

١٢٧ - تمهيد

تحديد السلطة العامة المختصة بسن التشريع فى الدولة أمر يتفاوت تفاوتا كبيرا باختلاف الدول والدساتير • فهى حينا فى يد ملك أو حاكم مطلق وهى غالبا - فى الدول الحديثة اليوم والديمقراطية منها على الأخص - فى يد

مجلس أو مجلسين منتخبين من الشعب ، قد يشاركهما رئيس الدولة بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، وقد تعطى السلطة التنفيذية - الى جوار المجالس النيابية - حق التشريع فى مسائل معينة ·

والواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولة أمر يخضع لظاهرة تحكم التشريع هى ظاهرة تدرجه ، اذ يقابل هذا التدرج فى التشريع تدرج فى السلطات التى تملك سنه ، فالتشريع درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، أعلاها هو التشريع الأساسى أو الدستور ، وأوسطها هو التشريع العادى أو ما يسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسى ، وأدناها هو التشريع الفرعى · فنأخذ الآن فى بيان كل درجة من هذه الدرجات الثلاث ، حتى نقف على السلطة المختصة بسن كل منها ·

١٢٨ - التشريع الأساسى

يقصد بالتشريع الأساسى التشريع الذى يضع أساس بناء الدولة أى يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم فى الدولة ، وتعدد السلطة العامة فيها ، وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقاتها بالأفراد ·

والتشريع الأساسى اما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان فى الدولة ، واما أن يصدر فى صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ، واما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، واما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء · وواضح أن الصورتين الأخيرتين اللتى يسن عن طريقهما التشريع الأساسى تستجيبان للمبدأ الديمقراطى ولاعتبار الأمة أو الشعب مصدر السلطات ، على خلاف الصورتين الأوليين(١) ·

---

(١) اختلفت طريقة سن الدساتير المصرية المتعاقبة : فالراجح فى الفقه الدستورى المصرى أن دستور سنة ١٩٢٣ كان منحة من الملك الى الشعب (أنظر خاصة : وحيد رأفت ووايت ابراهيم ، القانون الدستورى ، ١٩٣٧ ، ص ١٦ · - عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ١٩٤٢ ، ص ٦٧ · - محسن خليل ، النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٥٩/١٩٦٠ ، ص ١١١ · - وقارب : مصطفى أبو زيد فهمى النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، فقرات ٨٥ و ٣١٥) · أما دستور سنة ١٩٥٦ ، فقد أعدت مشروعه =

ورغم أن سن الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبى فيه استجابة لهذا الاعتبار وذلك المبدأ بوسيلة مباشرة ، فاننا نفضل عليه طريق سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية حيث ينفسح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا ، وهو ما يستحيل تحقيقه في الاستفتاء حيث يجب اما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه بكامله ، وهو ما لا يترك فرصة حقيقية للاختيار ، اذ قد يضطر الشعب الى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنيب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة أخرى — حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه — حكما استثنائيا دون دستور • ولا بأس على أى حال — بل قد يكون أفضل — سن الدستور بشكل يجمع بين طريق الاستفتاء وطريق الجمعية التأسيسية ، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية ، على أن يطرح من بعد للاستفتاء الشعبى •

ويراعى أن التشريع الأساسى أو الدستور ، اما أن يكون دستورا مرنا يكفى لتعديل أحكامه أو الغائها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو الغاء القوانين العادية ، واما أن يكون دستورا جامدا لا يتأتى تعديله أو الغاؤه عن هذا الطريق بل يجب لذلك اتباع اجراءات وشروط خاصة • وواضح أن الدساتير الجامدة — على خلاف الدساتير المرنة — تعين على توفير ما يجب للتشريع الأساسى فى الجماعة من استقرار كاف بمنع كثرة التغيير والتبديل فى أحكامه ، والدساتير الدائمة المصرية المتعاقبة من الدساتير الجامدة ، اذ تتطلب اجراءات طويلة وشروطا عسيرة لامكان تعديلها •

١٢٩ — التشريع العادى

يقصد بالتشريع العادى — وهو ما يسميه بعض الفقهاء التشريع الرئيسى

= الحكومة وطرحته للاستفتاء فنال الموافقة الشعبية • أما دستور ١٩٦٤ . فكان مجرد دستور مؤقت صدر عن رئيس الجمهورية للعمل به الى حين اقرار دستور دائم • وقد سن الدستور الجديدة لسنة ١٩٧١ بعد اقرار مجلس الأمة المبادىء الأساسية لمشروعه وموافقة اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى على مواده وطرحه للاستفتاء يوم ١١ سبتمبر ١٩٧١ حيث نال الموافقة الشعبية •

ــ التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصهــا المبين فى الدستور • ويطلق على هذا النوع من التشريع فى العمــل اسم « القانون » La Loi • وغنى عن البيان ، أن اصــطلاح « القانون » هنــا بمعناه الخاص كوثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعيــة ، يختلف عــن اصطلاح « القانون » بمعناه العام Le Droit كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك من قبل(١) •

والأصل أن سن التشريع العادى تقوم به السلطــة التشريعية ، وان كانت الدساتير تنص عادة على اشراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية فى هذه الوظيفة أو مراقبته اياها ، اما عن طريق ما تعطيه له من حــق اقتراح القوانين أو من حق التصديق أو الاعتراض(٢) على ما تسنه السلطة التشريعية منها • وتنتهج الدساتير المصرية المتعاقبة هذا النهج من الاشراك ، بما تعطيــه لرئيس الدولة من حق اقتراح القوانين وحق الاعتراض عليها •

فحق اقتراح القوانين ثابت لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضــاء مجلس الشعب(٣) • وتحال مشروعات القوانين المقترحة من الحكومة مباشرة الى لجان المجلس المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها • بينما تحال مشروعات القوانين المقترحة من أعضاء المجلس الى لجنة أولية لفحصها وابداء الرأى فى صلاحيتها لجواز نظر المجلس فيهــا ، فاذا رأى المجلس نظرها أحــالها ــ كمشروعات الحكومة ــ الى اللجان المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها(٤) •

ثم يطرح مشروع القانون بعد ذلك على المجلس لمناقشته ، والتصويت

---

(١) أنظر سابقا ، فقرة ١ •

(٢) أنظر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من عدم اعتبار حق الاقتراح وحق الاعتراض مشاركة فى ممارسة السلطة التشريعية : السيد صبرى ، مبادىء القانون الدستورى ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٩ ، ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٣١ ، ٣٤٢ ــ ٣٥٥ • ــ مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ، فقرات ٦٧٦ و ٦٧٨ ، ص ٥٨١ و ٥٨٢ •

(٣) م ١٠٩ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ •

ويجعل دستور اتحاد الجمهوريات العربية لسنة ١٩٧١ كذلك حق اقتراح القوانين الاتحادية لمجلس رئاسة الاتحاد ولأعضاء مجلس الأمة الاتحادى (م ٣٥) •

(٤) م ١١٠ من الدستور الجديد •

عليه مادة فمادة • ولا تتم الموافقة عليه - فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة - الا بالأغلبية المطلقة للحاضرين من الأعضاء أى أكثر من النصف ، واذا تساوت الآراء يعتبر المشروع مرفوضا(١) •

والأصل أن موافقة المجلس تعتبر كافية لاتمام عملية سن التشريع • ولكن الدساتير المصرية المتعاقبة تعطى رئيس الدولة أو رئيس الجمهورية الحق فى الاعتراض على ما يسنه المجلس من قوانين • وهذا الحق ثابت لرئيس الجمهورية خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغ المجلس اياه الموافقة على مشروع القانون • فاذا فات هذا الميعاد دون اعتراض ، سقط حق رئيس الجمهورية فيه واعتبر المشروع قانونا يجب عليه اصداره(٢) • واذا تم الاعتراض ، فيشترط للموافقة على مشروع القانون من جديد أغلبية أكبر من المرة الأولى هى أغلبية ثلثى مجموع أعضاء المجلس (الحاضرين والغائبين على السواء) • فاذا توافرت الأغلبية المطلوبة ، يجب على رئيس الجمهورية اصدار القانون(٣) •

فكأن عملية الاعتراض تنتهى اذن الى مجرد ايقاف القانون الذى أقره المجلس النيابى الى حين اقراره اياه من جديد بأغلبية أكبر(٤) • وهى بذلك تعتبر وسيلة فى يد السلطة التنفيذية للضغط على السلطة التشريعية بما يحقق

---

(١) م ١٠٧ من الدستور الجديد •

(٢) م ١/١١٣ من الدستور الجديد •

(٣) م ٢/١١٣ من الدستور الجديد •

(٤) بذلك يبدو الفارق بين « التصديق » و « الاعتراض » • فالتصديق اجراء لا يتم القانون الا به • بحيث اذا تخلف فلا يظهر القانون الى الوجود ، اذ لا تكون لموافقة المجلس النيابى عليه قيمة دون اقتران بالتصديق • أما الاعتراض اذا تم ، فليس من شأنه الا مجرد ايقاف اصدار القانون واعادة المناقشة فيه والتصويت عليه فى المجلس من جديد ، بحيث يملك المجلس فى النهاية فرض رأيه باقرار القانون ثانية واجبار رئيس الجمهورية بالتالى على اصداره • ولذلك اذا لم يتم الاعتراض أصلا بحيث مضى ميعاده ، فيجب على رئيس الجمهورية اصدار القانون • فعدم التصديق اذن منع نهائى من اصدار القانون • أما الاعتراض فمجرد ايقاف مؤقت للاصدار يمكن للمجلس ازالته بالموافقة على القانون من جديد (راجع فى التفرقة بين التصديق والاعتراض : محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩-٣١١- مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٢ ، ص ٤٧٩) •

التوازن المرغوب بين السلطتين(١) • ولكن يبقى للسلطة التشريعية على أى حال الكلمة الأخيرة اذا حشدت للموافقة على القانون من جديد الأغلبية الأكبر المطلوبة ، فيعتبر حينئذ ـ رغم الاعتراض ـ قانونا واجب الاصدار والنشر •

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى فى أحوال استثنائية :

اذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هى التى تقوم بسن التشريع العادى ، فاستثناء من ذلك تحل السلطة التنفيذية فى كثير من الدساتير محل السلطة التشريعية فى سنه فى حالتين : حالة الضرورة ، وحالة التفويض •

(١) **تشريع الضرورة** : لا شك فى أن قيام حالة من حالات الضرورة التى تستدعى الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير عن طريق التشريع ، وانعدام الأداة التشريعية نظرا لحل المجلس النيابى أوتخلفها نظرا لعطلته فيما بين دورين من أدوار انعقاده ، يبرر الخروج على الأصل من استئثار السلطة التشريعية ـ أى المجلس النيابى ـ بسن القوانين أو التشريعات العادية ، وتخويل السلطة التنفيذية الحق فى الحلول محلها مؤقتا فى هذا الاختصاص عن طريق سن قرارات تكون لها قوة القانون أى قوة التشريع العادى •

وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة هذا الحق للسلطة التنفيذية(٢) بقيود معينة • وأهم هذه القيود وجود حالة من حالات الضرورة التى توجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، ووجوب الاسراع فى تحديد مصير تشريعات الضرورة بعرضها على المجلس النيابى خلال مدة قصيرة ، والا فقدت ما لها من صفة قانونية • وتطبيقا لذلك ، أوجب الدستور المصرى الجديد لسنة ١٩٧١ عرض تشريعات الضرورة على مجلس الشعب خلال خمسة عشر

---

(١) أنظر : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ ـ عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧٢ •

(٢) م ٤١ من دستور ١٩٢٣ و م ١٢٥ من دستور ١٩٥٦ و م ١١٩ من دستور ١٩٦٤ و م ١٤٧ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ •

يوما من تاريخ اصدارها اذا كان المجلس قائما أو فى أول اجتماع للمجلس فى حالة حله أو وقف جلساته ، ورتب جزاء خطيرا على عدم عرضها على هذا النحو ، أو على عرضها ثم رفضها ، هو زوال ما كان لها من قوة القانون زوالا رجعيا • ولا يتوقف هذا الزوال الرجعى على صدور قرار بذلك فى حالة عدم العرض • أما فى حالة العرض فلا يتحقق هذا الزوال الرجعى الا بعدم اقرار المجلس هذه التشريعات ، ولكن احتياطا لما قد يترتب على مثل هذا الزوال الرجعى من اضطراب وعدم استقرار ، أعطى الدستور الجديد لمجلس الشعب – فى حالة عدم الاقرار أو الرفض – الحق فى قصر هذا الزوال على المستقبل دون سحبه على الماضى باعتماد نفاذ هذه التشريعات فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر (٢/١٤٧)(١) • ولكن اذا لم يقر مجلس الشعب هذا الاعتماد أو هذه التسوية ، فيظل لزوال تشريع الضرورة المرفوض أثره الرجعى •

وينبغى أن يكون مفهوما أن تشريعات الضرورة التى تسنها السلطة التنفيذية فى الحدود المتقدمة يجب أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور ، رغم أن كلا من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ ودستور سنة ١٩٥٦ ودستور سنة ١٩٦٤ – على خلاف دستور سنة ١٩٢٣ – قد أغفل تأكيد ذلك • اذ ما دامت السلطة التشريعية – وهى السلطة الأصيلة – لا تملك مخالفة الدستور كما سنرى فيما تسنه من قوانين ، فمن باب أولى لا تملك السلطة التنفيذية – وهى سلطة بديلة طارئة – مثل هذه المخالفة فيما تسنه مواجهة لأحوال

---

(١) وهذا الحكم موافق للحكم الذى كان مقررا فى دستور سنة ١٩٥٦ (م ١٣٥) • أما فى دستور سنة ١٩٢٣ ، فكان من المتفق عليه أن زوال تشريعات الضرورة ليس له أثر رجعى ، سواء فى حالة عدم العرض أو فى حالة الرفض (السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ • عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣) • أما الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ ، فكان يجعل هذا الزوال رجعيا فى حالة عدم العرض ، بينما كان يقصر الزوال على المستقبل فى حالة الرفض بجعل أثره متحققا من تاريخ الرفض فحسب (م ١١٩) •

أما دستور اتحاد الجمهوريات العربية لسنة ١٩٧١ الذى يعطى مجلس رئاسة الاتحاد حق سن تشريعات الضرورة الاتحادية فقد جعل زوال هذه التشريعات من تاريخ انعقاد مجلس الأمة الاتحادى فى حالة عدم العرض ، أما اذا تم عرضها ورفضت فيتحقق الزوال من تاريخ الرفض •

الضرورة من قرارات لها قوة القوانين(١) .

(٢) **تشريع التفويض** : قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية وبناء على تفويض منها فى سن قرارات لها قوة القانون فى المسائل المحددة فى التفويض . ولئن كان التفويض غير مقبول من الناحية النظرية على أساس أن السلطة التشريعية لا تملك النزول عن اختصاصها ، الا ان الرغبة فى توفير الدقة أو السرعة أو السرية لبعض تشريعات قد تبرر - لمدة معينة - تفويض السلطة التنفيذية فى سنها بتشريعات تكون لها قوة القانون ، وذلك رغم وجود السلطة التشريعية وعدم غيابها ، سواء مع تطلب عرضها على السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها واجازتها(٢) أو مع عدم تطلب ذلك .

ولم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتعرض لمثل هذا النوع من التشريع . ولكن ثمة سابقة للبرلمان فى مصر بمقتضاها فوض الحكومة سنة ١٩٣٠ فى اصدار مراسيم لها قوة القانون فى شأن تعديل التعريفة الجمركية وفى شأن فرض وتعديل رسم الانتاج على حاصلات الأرض المصرية أو منتجات الصناعة المحلية ، ولكن بشرط عرض هذه المراسيم عليه .

وقد قطع كل من دستور سنة ١٩٥٦ (م ١٣٦) ودستور سنة ١٩٦٤ (م ١٠) والدستور الحالى لسنة ١٩٧١ (م ١٠٨) كل شك حول امكان التفويض ، اذ تنص المادة ١٠٨ من الدستور الحالى على أن « لرئيس الجمهورية ، عند الضرورة فى الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول

---

(١) قرب من ذلك :
عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٣ .

(٢) فى هذا المعنى :
عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .

جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فاذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون » •

ويضع هذا النص من القيود ما يتفق عليه الفقه المؤيد لمبدأ التفويض من تحديد موضوع التفويض ومسائله ومن قصر التفويض على مدة محدودة ومن وجود أحوال استثنائية مبررة ، وهو يتفق في ذلك مع النصوص السابقة في دستوری ١٩٥٦ و ١٩٦٤ • ويتشدد الدستور الحالي في شأن التفويض زيادة على النصوص السابقة : فيتطلب ، من ناحية ، أن يكون منح التفويض بأغلبية كبيرة وعسيرة وهي أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشعب الحاضرين والغائبين على السواء - ويوجب ، من ناحية ثانية ، اخضاع تشريعات التفويض من بعد لموافقة مجلس الشعب(١) تأكيدا لما ينبغي من أبقاء الزمام النهائي للتشريع بيد السلطة الأصيلة وهي السلطة التشريعية تراقب السلطة التنفيذية النائبة فيما وكلتها وفوضتها من شئونه •

وقد صدر في ظل دستور سنة ١٩٦٤ تفويض من مجلس الأمة لرئيس الجمهورية ، خلال الظروف الاستثنائية القائمة ، في اصدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية(٢) •

١٣٠ - التشريع الفرعي

يقصد بالتشريع الفرعي التشريع الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور ، باعتبار صفتها هذه ، لا باعتبارها حالة محل السلطة التشريعية حلولا مؤقتا ، بمعنى أن اختصاصها بسن التشريع الفرعي اختصاص أصلي يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة التشريعية ، فلا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هي الحال في تشريع الضرورة ، ولا على تفويض منها كما هي الحال في تشريع التفويض •

---

(١) يوجب النص عرض هذه التشريعات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض • واذا كان هذا الحكم يتفق مع أحوال التفويض الممنوح لمدة قصيرة جدا ، فهو غير مناسب حينما تطول المدة المحدودة للتفويض نسبيا •

(٢) أنظر في عدم توافر هذا التفويض على ما تشترطه المادة ١٢٠ من ذلك الدستور : برهام محمد عطا الله ، أساسيات القانون الوضعي ، ١٩٦٨ ، هامش د١ه ص ٥٤ - ٥٥ •

ويطلق على التشريع الفرعى فى العمل اسم « اللائحة » **Le règlement** تمييزا له عـن التشريع العادى الصادر عن الهيئة التشريعية والمعروف باسم « القانون » **La loi** .

واللوائح اما أن يقصد بها تنفيذ التشريع العادى أى القوانين الصادرة عن الهيئة التشريعية فتعرف باسم « اللوائح التنفيذية » ، واما أن يقصـد بها تنظيم المصالح والمرافق العامة فتعرف باسم « اللوائح التنظيمية » ، واما أن يقصد بها حفظ الأمن والصحة العامة فتعرف باسم « لـوائح البـوليس » أو « لوائح الضبط » • ونعرض بايجاز لكل منها فيما يلى :

(١) **اللوائح التنفيـذية** : هى ما تسنه السلطـــة التنفيذية من قواعد تشريعية ضمانا لتنفيذ القـوانين الصـــادرة عـــن السلطـة التشريعية • واختصاص السلطة التنفيذية باصدار مثل هذه اللوائح أمر طبيعى ومنطقى . لأنها ـ وهى السلطة المكلفة بتنفيذ هذه القوانين ـ تكون أقدر من السلطـة التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ فى دقائقه وفقا لضرورات العمل ، فضـلا عما فى ذلك من تخليص القوانين من كثير من التفصيلات ومن التخفيف بالتالى من أعباء السلطة التشريعية المتزايدة •

ويعطى الدستور المصرى رئيس الجمهورية الحق فى سن هذه اللوائح(١)، بل ويخوله حق تفويض غيره فى سنها • ويجيز كـــذلك أن تعين القـوانين الصادرة عن السلطة التشريعية من يتولى سن القرارات أو اللـــوائح اللازمة لتنفيذها (م ١٤٤ من الدستور الحالى لسنة ١٩٧١) ، وغالبا ما يكـــون هو الوزير المختص •

وطالما أن اللوائح التنفيذية مجرد تنفيـذ للقوانين ، فينبغى أن تلتزم حدود هذا الغرض ، بحيث لا تملك الغاء أو تعديل أو تعطيـــل أحكام هذه القوانين أو الاعفاء منها ، والدستور الحالى صريح فى تأكيد ذلك(٢) •

---

(١) وكذلك يعطى دستور اتحاد الجمهوريات العربية لمجلس رئاسة الاتحاد حق سن اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين الاتحادية (م ٢٠) •

(٢) وكذلك كان دستور ١٩٢٣ صريحا فى هذا التأكيد (م ٣٧) • أما الدساتير الأخرى =

(٢) **اللوائح التنظيمية** : هي في الأصل ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم وترتيب المصالح والمرافق العامة ، بصفتهـا مهيمنة على ادارة هذه المصالح والمرافق • وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة جميعها السلطة التنفيذية الحق في سن هذه اللوائح(١) • وقد ثار الخـلاف طويلا في ظـل الدساتير المصرية السابقة - التي كانت تستعمل اصطلاح « ترتيب المصـالح العامة» - حول مدى حق السلطة التنفيذية في انشاء المصالح العامة عن طريق اللوائح التنظيمية • وقد حسم أخيرا الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ هذا الخلاف بالنص صراحة على اعطاء السلطة التنفيذية هذا الحق بقوله « يصـدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة » (م١٤٦)• ولكن اذا كان من حق رئيس الجمهورية سن هذه اللوائح ، فيبدو أنه حـق مقصور عليه وحده ذاتيا ، فلا يملك تفويض غيره في سنها • اذ يغفل النص - على خلاف النص الوارد في شأن اللوائح التنفيذية - الاشـارة الى امكان التفويض في سن اللوائح التنظيمية •

(٣) **لوائح الضبط أو لوائح البوليس** : يقصد بهـا ما تضعه السلطـة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط أو البـوليس بمعناه العام ، أي لحفظ الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحمـاية الصـحة العامة • ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ، ولوائح مراقبة الأغذية والباعة الجائلين •

ولم يكن الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ يتضمن أي نص يخول السلطة التنفيذية حق سن هذه اللوائح • ولكنها جرت دائما على سنها واصدارها منذ كانت تجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية قبل صدور هذا الدستور ، مما حدا ببعض الفقهاء الى التماس أساس دستوري لها مما جرى عليه العمل

الصادرة فيما بين هذين الدستورين فلم تكن تصرح بذلك ، ولكن نص الحكم كان مستخلصا دون نص من الغرض المقصود من اللوائح التنفيذية (كتابنا سالف الذكر ، ص ٢٩٣) •

(١) وكذلك يعطي دستور اتحاد الجمهوريات العربية لمجلس رئاسة الاتحاد حق سن اللوائح اللازمة لتنظيم المؤسسات والمرافق التي يشرف عليها الاتحاد (م ٢٠) •

والقول بوجود عرف بذلك ، فضلا عن أن قيام السلطة التنفيذية بسن هــذه اللوائح هو ما يلائم مقتضيات العمل نظرا لما تتطلبه مسائل الضبط من دقة وتشعب وسرعة تنظيم(١) • غير أن خطر هــذه اللوائح على حريات الأفراد وعدم استنادها الى نص من الدستور أو القوانين ، فضلا عما تقرره من عقوبات على مخالفتها رغم ما هو ثابت من مبدأ « لا جريمة ولا عقــوبة الا بنــاء على قانون » أو على لائحة تستند الى قانون ، كان يحمل على التردد فى الاعتراف للسلطة التنفيذية بهذا الحق دون نص على ذلك فى الدستور(٢) •

لذلك أحسن المشرع الدستورى المصرى من بعد بنصه صراحة على حق السلطة التنفيذية فى سن هذه اللوائح بقوله « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط » (م ١٤٥ من الدستور الحــالى لسنة ١٩٧١)(٣) • وبذلك ينقطع الشك والخلاف الآن حول شرعيــة هذه اللوائح وأساسها الدستورى • وقد كان كل من دستور ١٩٥٦ و ١٩٦٤ يخول رئيس الجمهورية حق تفويض غيره فى سن هذه اللوائح • ولكن الدستور الحالى لسنة ١٩٧١ أسقط الاشارة الى ذلك ، مما يوجب القول بأن سن هذه اللوائح قد أصبح حقا ذاتيا مقصورا على رئيس الجمهورية بحيث لا يملك الآن تفويض غيره فى سنها •

٣ ـ نفاذ التشريع

١٣١ ـ تمهيــد

اذا تم سن التشريع ـ أيا كانت درجته ـ من السلطة المختصة بسنه ، فانه يوجد قانونا • ولكن الوجود القــانونى للتشريع لا يعنى دخوله مرحلة التنفيذ بعد • اذ ينبغى لذلك تسجيل هــذا الوجود القانونى والامر بتنفيذ التشريع ممن يملك الأمر بالتنفيذ أى من السلطة التنفيذية عن طريق الاصدار Promulgation ، ثم اعلانه للناس وتحديد موعد نفاذه عن طريق النشر Publication .

---

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٦٩ و ٤٧٠ •

(٢) فى هذا المعنى :

كتابنا أصول القانون ، ص ٢٩٤ • ـ محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ و ٣٤٥ •

(٣) م ١/١٣٨ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٢٢ من دستور ١٩٦٤ •

١٣٢ اصدار التشريع

يقصد بالاصدار تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ(١) بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا ملزما من تشريعات الدولة . فهو بمثابة شهادة ميلاد للتشريع ، تكون سندا لتنفيذه .

وبديهي أنه حيث تملك السلطة التنفيذية سن التشريع - كما هي الحال في التشريع الاساسي حين يكون منحة من الملك أو الحاكم المطلق ، وفي تشريع الضرورة أو تشريع التفويض ، وفي التشريع الفرعي خاصة - يتضمن سن التشريع حتما اصداره ، لأن السلطة التي تسن التشريع هنا هي نفسها التي تضعه موضع التنفيذ .

أما حيث تسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية التي تضعه موضع التنفيذ فيحتاج الأمر الى أن تقوم السلطة الثانية باصدار ما سنته السلطة الأولى ، كما هي الحال في التشريع العادي الذي تسنه السلطة التشريعية ، والتشريع الأساسي الذي يسنه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء أو تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . ذلك أن وضع التشريع الذي تم سنه في مثل هذه الحالات موضع التنفيذ يقتضي تسجيل وجوده القانوني وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه ، ومثل هذا التكليف لا يتصور صدوره الا من السلطة التنفيذية نفسها ممثلة في شخص رئيسها ، لأن المكلفين بالتنفيذ هم عمالها فلا تملك عليهم سلطة أخرى أيا كانت - كالجمعية التأسيسية أو السلطة التشريعية - حق الأمر والتكليف .

فالاصدار اذن في حالة التشريع الأساسي المسنون بواسطة جمعية تأسيسية أو المستفتى فيه الشعب ، يتضمن تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية عليه أو تصويت أغلبية الشعب له في الاستفتاء ، والأمر بتنفيذه باعتباره التشريع الأساسي للدولة . والاصدار في حالة التشريع العادي يتضمن تسجيل موافقة المجلس النيابي عليه ، والأمر بتنفيذه كقانون من

---

(١) ولذلك يعتبر الاصدار عملا تنفيذيا لا عملا تشريعيا ، اذ هو بداية وضع القانون موضع التنفيذ (في هذا المعنى : عثمان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٥٦ ، ص ١٧٥ . سوقارن السيد صبري ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ - ٣٦٤) .

قوانين الدولة • وحصول اصدار القانون قبل فوات الميعاد المحدد لاستعمال حق الاعتراض ، يفيد نزول رئيس الجمهورية عن استعمال مثل هذا الحق •

ومن الأفضل النص في الدستور على تحديد مدة معينة يجب على رئيس الجمهورية خلالها اصدار القوانين التي يسنها المجلس النيابي حتى لا يتمكن بذلك من تعطيل تنفيذ هذه القوانين بتأخير اصدارها • ومع ذلك ، لا تتضمن الدساتير المصرية المتعاقبة أي نص من هذا القبيل ، مما يبرر انتقادها •

١٣٣ — نشر التشريع

اذا كان اصـــدار التشريع لازما لتسجيل سنه والأمر بتنفيــذه الى رجال السلطة التنفيذية ، فابلاغ مضمونه الى الكافة وحملـــه الى علمهم أو اتاحة فرصة العلم به لهم لازم كذلك ، اذ هم المكلفون بأحكامه فلا مناص من اعـــلامهم بها حتى يوافقوا مسلكهم عليهـــا • ذلك أنه لا تكليف الا بمعلوم ، والتشريـــع لا يكون معلوما للمكلفين به الا باشهاره بينهم واذاعتـه فيهم • والوسيلة القانونية الوحيدة المعتمدة اليوم لاشهار التشريع واذاعته هي نشر نصـــوصه في الجريدة الرســمية للدولة(١) • والنشر في الجريدة الرسمية واجب لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه ، أيا كانت درجـة التشريع أساسيا أو عاديا(٢) أو فرعيا(٣) •

ولا يغني في الأصل عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى من وسائل الاشهار أو الاذاعة أو الاعلان ، رغم أن بعض هــذه الوسائل قد

---

(١) تنشر التشريعات في جمهورية مصر العربية في جريدتين رسميتين مستقلتين : « الجريدة الرسمية » وتنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ومن نوابه ، و « الوقائع المصرية » وتنشر القرارات الوزارية (كما تنشر الاعلانات الحكومية والقضائية) •

وقد نص دستور اتحاد الجمهوريات العربية على أن ينشىء مجلس رئاسة الاتحـــاد جريدة رسمية اتحادية تنشر فيها القوانين والقرارات واللوائح الاتحادية (م ٦٦) •

(٢) م ١٨٨ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ •

(٣) انظر م ١/٢٤ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الدولة ، وانظر كذلك نقض ١٧ مايو ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٧ ، ع ٢ رقم ٨٣ ص ٦٠٧ ، حيث يذكر الحكم أن « القرار التشريعي يستلزم بطبيعته النشر في الجريدة الرسمية ليعلم به الكافة وليكون له حكم القانون الذي صدر تنفيذا له واعمالا لأحكامه » •

يكون أجدى مفعولا من النشر فى الجريدة الرسمية فى سبيل حمل التشريع الى علم المخاطبين بأحكامه • فالاكتفاء اذن - فى نشر التشريع - باذاعتــه فى الراديو أو تعليق صور منه فى أماكن بارزة على الحوائط فى الشوارع والميادين الرئيسية ، لا يعتبر نشرا قانونيا بالمعنى الصحيح • ومن هنـــا ، لا يعتبر مثل هذا النشر كافيا لنفاذ التشريع فى حق المخاطبين بأحكـــامه • وكـذلك لا يغنى فى الأصل ، عن حصول نشر التشريع فى الجريدة الرسمية ، ثبـوت علم بعض الأفراد المخاطبين بحكمه علما يقينيا به(١) •

واذا كان المقصود من نشر التشريع فى الجريدة الرسمية للدولة حمله الى علم المخاطبين به ، فيقتضى ذلك أن تطبع الجريدة الرسمية بأعداد كافيـــة نسبيا وأن توضع هذه الأعداد موضع التوزيع الفعلى لمن يطلبها من الجمهور •

واذا كان الأصل هو وجوب نشر التشريع فى الجريدة الرسمية ، فمن الأفضل تحديد مهلة للسلطة التنفيذية لاجراء هذا النشر ، حتى لا تتلكأ فيه بقصـــد تأخير تنفيذ التشريع • وقد أحسن الدســتور المصرى بايجاب نشر القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم اصدارها (م ١٨٨ من الدستور الحالى لسنة ١٩٧١)(٢) • ومع ذلك تظل السلطة التنفيذية قادرة على التحكم فى نشر القوانين عن طريق تأخير اصدارها ما دام الدستور لا يقيدها بموعد معين فى القيام بهذا الاصدار كما سبق البيان •

واذا تم النشر فى الجريدة الرسمية فالغالب أن لا يعتبر التشريع نافذا فور هذا النشر بل يبدأ نفاذه بمضى وقت معلوم من حصول النشر ، افساحا لشيوع العلم بأحكامه • وقد نص الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ ، فى شأن القوانين أى التشريعات العادية ، على أن « ••• يعمل بها بعد شهر من اليوم

---

(١) أنظر فى ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى ٣ يناير ١٩٥٠ (مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الرابعة ، رقم ٤٤ ، ١٤٧) •

(٢) أنظر كذلك م ١٨٧ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٦٤ من دستور ١٩٦٤ •

التالى لتاريخ نشرها ، الا اذا حددت لذلك ميعادا آخر » (م ١٨٨)(١) ٠ فحيث تدعو الضرورة الى الاسراع فى تنفيذ القانون ، يمكن النص فيه على نفاذه قبل الميعاد الدستورى بل وحتى من تاريخ النشر ٠ وحيث تدعو الحاجة الى التراخى بتنفيذه الى ما بعد الميعاد الدستورى ، يمكن النص فيه على التاريخ المتأخر الذى يبدأ منه نفاذه ٠ أما اذا لم يحدد القانون موعدا آخر سابقا على الموعد الدستورى أو لاحقا له ، فيبدأ نفاذه بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ النشر(٢) ٠

واذا كان لتاريخ النشر هذه الأهمية فى حساب الميعاد الدستورى أو القانونى لبدء نفاذ القانون ، فلا يعتد الا بالنشر الحقيقى أى بتاريخ التوزيع الفعلى لعدد الجريدة الرسمية المنشور به التشريع ، لا بتاريخ طبع هذا العدد أو التاريخ المخالف الذى قد يحمله(٣) ٠

وبفوات الميعاد الذى يبدأ منه النفاذ يفترض علم الأفراد بالتشريع ، فيسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامه دون استثناء ، ولا يقبل من أحد

---

(١) كان دستور ١٩٢٣ يعتبر القانون نافذا بمضى ثلاثين يوما من نشره فى الجريدةالرسمية٠ وكان دستور ١٩٥٦ يعتبره نافذا بعد عشرة ايام من تاريخ هذا النشر ٠ وكان يجوز فيهما دائما مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص ٠ أما دستور ١٩٦٤ ، فقد أغفل تحديد أى ميعاد من تاريخ النشر لبدء نفاذ القوانين ٠

(٢) أنظر فى عدم دخول يوم النشر فى الحساب ولو كان منصوصا على بدء نفاذ القانون من تاريخ النشر وفى دخول هذا اليوم فى المجال الزمنى لنفاذ القانون القديم ، « لان هذا اليوم هو فاصل زمنى يمتد أربعا وعشرين ساعة ، وقد يتم النشر فى أى وقت فيه ، وقد يتراخى هذا اليوم لآخره . فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله ؟ : المحكمة الادارية العليا ١٢٥ ـ ٤ فى ١٩٥٩/٣/٢١ ، أحمد سمير أبو شادى ، مجموعة القواعد القانونية للمحكمة الادارية العليا فى عشر سنوات ، رقم ٥٩٩د ، ص ٦١٩ ـ ٦٢٠ ٠

(٣) « اذا كان القانون رقم ٢٦٤ ، لسنة ١٩٥٣ ٠٠٠ قد نظم اجراءات أوجب على الكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ونص فى المادة الثالثة منه على العمل بالقانون المذكور من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ٠٠ وكان المستأنف قد دفع بأنه فى استحالة العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف الى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التى نشر فيها ذلك القانون وان كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ الا انها لم توزع وتنشر فعلا الا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف ، فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع فانه يكون مشوبا بالقصور (نقض ٢٤ يونيه ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض . س ٩ ، ع ٢ ، رقم ٨١ ، ص ٦٣٩) ٠

الاعتذار بجهله . وافتراض العلم بالتشريع بمجرد ابتداء نفاذه انما هو تفريع على مبدأ افتراض العلم بالقـــانون أى بمجموع القواعد القانونية الملزمة فى الدولة وهو ما سنعرض له من بعد عند الكلام فى مدى تطبيـــق أو سريان القاعدة القانونية .

٤ - نتائج تدرج التشريع أو رقابة صحته

١٣٤ - خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ورقابة ذلك

قلنا ان ثم ظاهرة يتميز بها التشريع هى ظاهرة تدرجه أى تفاوته فى القوة درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فالتشريع الأساسى أو الدستور هو أقواها ، ويليه التشريع العادى ، ثم يتبعه التشريع الفرعى . وهذا التدرج فى القوة ينبغى أن يسلم منطقا الى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى . غير أن هذه النتيجة على تحتيم المنطق لها لا تجد دائما ما ينبغى لها من صدى فى نطاق العمل ، فهذا الصدى يتفـــاوت بتفاوت الـــدول والدساتير . فتدرج التشريع اذن يجب أن يستتبع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذى يعلوه وهكذا ، بحيث يكون باطلا التشريع الأدنى الذى يصدر على خلاف ما يقضى به التشريع الأعلى ، وعلى هــــذا النحو فالتشريع العادى ينبغى أن لا يكون متعارضا مع التشريع الأساسى ، والتشريع الفرعى بدوره ينبغى أن لا يكون مخالفا للتشريع العادى أو للتشريع الأساسى . ومن هنا فاذا تعارض تشريعان من درجـــة متفـاوتة وجب تغليب التشريع الأعلى واغفال التشريع الأدنى .

كل ذلك يدعو بخاصة الى اقامة رقابة قضائية(١) على صـحة التشريع للتأكد من مطابقة الأدنى منه للأعلى ســـواء من حيث الشـكل أو من حيث الموضوع . فنعرض لهذين النوعين من الرقابة لنقف على مدى التسليم بالمبدأ فيهما ومدى تحققه فى العمل .

---

(١) نترك جانبا ما قد يوجد من رقابة سياسية فى هذا الشأن .

(١) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل

١٣٥ ـ لا خلاف على تقرير هذه الرقابة

لا خلاف على حق المحاكم فى الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى ، أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتمام اصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه • فان لم يتوافر للتشريع الأدنى ـ سواء كان تشريعا عاديا أو تشريعا فرعيا ـ الشكل الذى يحدده التشريع الأعلى ، فالاجماع منعقد على حق المحاكم فى الامتناع عن تطبيقه ، تأسيسا على أن مثل هذا التشريع انما هو تشريع منعدم ليس له وجود قانونى • ولذلك فللمحاكم بل عليها أن تمتنع عن تطبيق قانون لم يحرز الأغلبية الخاصة المتطلبة فى شأنه ، أو عن تطبيق قانون أو لائحة لم تنشر فى الجريدة الرسمية أو صدرت عن جهة غير مختصة •

(٢) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع

١٣٦ ـ الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الأدنى

لا تجد رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع مثل ما تجده رقابة صحته من حيث الشكل من اجماع على اقرارها • فالرأى فى مثل هذه الرقابة يختلف باختلاف ما اذا كان التشريع الأدنى فرعيا أو عاديا • فنعرض أولا لرقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، ثم لرقابة دستورية القوانين •

١٣٧ ـ التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها

حق المحاكم ثابت فى رقابة صحة التشريع الفرعى الموضوعية ، للتأكد من مطابقته لقواعد وأحكام التشريع العادى والتشريع الأساسى على السواء • فتملك المحاكم اذن التحقق من شرعية أو قانونية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لأحكام القوانين[١] • كما تملك التحقق من دستورية اللوائح بالتثبت

---

(١) تقرر محكمة القضاء الادارى فى أحد أحكامها أن « قضاء هذه المحكمة قد جرى على جواز الطعن فى القرارات التنظيمية العامة (أى اللوائح) بأحد طريقين : اما بالطريق المباشر =

حن عدم مخالفتها لقواعد الدستور(١) .

ولئن كان القضاء العادى يقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أو الدستور دون أن يملك الغاءها ، فالوضع مختلف بالنسبة للقضاء الادارى الذى يتمتع كذلك بسلطة الحكم بالغائها .

١٣٨ — مشكلة رقابة دستورية القوانين(٢)

(١) الخلاف حول مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين : لا تجد مشكلة رقابة دستورية القوانين فى الدول ذات الدساتير الجامدة(٣) حلا واحدا . فحق المحاكم فى مثل هذه الرقابة أى فى رقابة صحة التشريع العادى الموضوعية لنتأكد من مطابقته لقواعد التشريع الأساسى ، أى للتثبت من موافقته لاحكام الدستور ، أمر متنازع فيه فى الفقه والقضاء ومختلف عليه باختلاف النظم والشرائع .

ثم اتجاه يرمى الى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين (٤) بحجة احترام مبدأ فصل السلطات ، الذى يختص السلطة التشريعية بحق سن التشريع ، ويقصر دور السلطة القضائية على مجرد تطبيقه ، اذ يعتبر الامتناع

= أى بطلب الغائها فى الميعاد ، او بطريق غير مباشر فى أى وقت عند تطبيقهافى الحالات الفردية أى بطلب عدم الاقتداء بها لمخالفتها القانون وذلك عند الطعن فى القرارات الفردية بالالغاء من محكمة القضاء الادارى . ٥ فبراير ١٩٥٢ . المحاماة ، س ٣٣ ، ع ٧ ، رقم ٤٦٢ ، ص ١٠٥٩) .

(١) انظر مع ذلك لاحقا ص ٢٥٨ — ٢٥٩ ، وهامش «١» ص ٢٥٩ .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Burdeau, Traité de science politique, t. III, Nos. 156 - 181. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. III, 3e éd., No. 98, pp. 715 - 732. — Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 1943, pp. 294 - 324.

السيد صبرى ، المرجع السابق . ١٩٤٩ ص ٢٢٢ — ٢٣٥ . — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق . ١٩٥٦ ص ٣١٦ — ٣٣٩ . — سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ١٩٥٤ ، ص ١٢٤ — ١٨٣ . — وكتابنا أصول القانون ، فقرات ١٤٦ — ١٤٩ .

(٣) لا تثور مشكلة رقابة دستورية القوانين الا حيث يكون الدستور جامدا ، أما حيث يكون الدستور مرنا ، فتكون مخالفة القوانين أى التشريعات العادية له مشروعة ، لأنها تعتبر بذلك تعديلا لأحكامه وقواعده .

(٤) أنظر خاصة :

Esmein, Elements de droit constitutionnel français et comparé, 8e éd., par Nézard, t. I, 1927, pp. 644 - 648.

عن التطبيق ، بادعاء عدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه ، خروجا من السلطة القضائية عن اختصاصها وتعديا على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على تصرفاتها والتوصل الى اهدارها ، مما يجعل للسلطة القضائية هيمنة ورقابة على أعمال السلطة التشريعية وهو ما يتنافى مع انفصال السلطتين واستقلالهما . وهذا الاتجاه هو السائد فى القضاء الفرنسى بخاصة رغم أن جانبا كبيرا من الفقه الفرنسى(١) ينتقده وينتصر لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين .

وثم اتجاه ثان يرمى الى تخويل المحاكم حق النظر فى دستورية القوانين(٢) بالتثبت من مطابقة التشريع العادى (القانون) لقواعد وأحكام التشريع الأساسى (الدستور) ، استنادا الى أن رقابة دستورية القوانين انما هى من طبيعة عمل القضاء الذى يقوم على تطبيق القانون بمعناه العام أى مجموع القواعد القانونية السائدة فى الدولة . فالقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون (بمعناه الخاص) على حد سواء . غير أنه حين يستحيل تطبيقهما معا لتعارض أحكامهما فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون ، اعمالا لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى .

ومما يؤيد هذا الاتجاه الثانى أنه مجرد امتداد لما انعقد عليه الاجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها ، فليس يفهم - مع هذا الاجماع - منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين . فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليسا الا نتيجتين حتميتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع ، وليس من المنطق - بل يكون من التناقض - التسليم باحدى النتيجتين دون الأخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتخويل المحاكم حق رقابة دستوريته . فضلا عن أن تخويل المحاكم مثل هذا الحق يؤكد - على

---

(١) أنظر فى الاشارة الى هذا الفقه :
Laferrière, op. cit., pp. 321, 322.

(٢) أنظر خاصة :
Duguit, op. cit., t. III, No. 98, p. 718.

عكس ما يقوله معارضوه - مبدأ فصل السلطات ، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانونا تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها في تطبيق القواعد القانونية التي على رأسها قواعد الدستور ٠

غير أن فهم مبدأ فصل السلطات على وجهه الصحيح يقتضي كذلك التحوط من أن ينقلب حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين الى تدخل من جانب السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية بالغاء ما تسنه من قوانين وخرق مبدأ فصل السلطات بالتالي ، اذ الغاء القوانين كسنها من اختصاص السلطة التشريعية وحدها(١) ٠ ومن هنا ينبغي أن يقتصر حق المحاكم - عند التثبت من عدم دستورية قانون من القوانين - على مجرد الامتناع عن تطبيقه دون الحكم بالغائه ، مما يقتضي أن يكون الامتناع عن التطبيق قاصرا على الدعوى المعروضة وحدها ، لا ينصرف الى غيرها من الدعاوى ولا يؤثر في الوجود القانوني لمثل هذا القانون(٢) ٠

(٢) رقابة دستورية القوانين في القانون الحديث : الاتجاه الغالب في القانون الحديث اليوم هو اعطاء المحاكم حق رقابة دستورية القوانين ، دون مساس بمبدأ فصل السلطات ، عن طريق الدفع ٠ وفي مثل هذه الطريقة لا يتوجه أحد الى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستوري لمخالفته أحكام الدستور ، وانما يتربص الفرد بدعوى يختصم فيها ، فيدفع هذه الدعوى بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه فيها ٠ وأمام هذا الدفع ، تتصدى المحكمة للبحث في مدى مطابقة هذا القانون لأحكام الدستور ٠ فان تحققت من هذه المطابقة ، رفضت الدفع مؤكدة دستورية القانون ، ومضت في أداء واجبها من تطبيقه ٠ وان تثبتت من مخالفة القانون عن أمر الدستور ، قضت بعدم دستوريته ، ورتبت

---

(١) في هذا المعنى :
سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٨١ و ١٨٢ ٠
(٢) في هذا المعنى :
Duguit, op. cit., III, No. 98, p. 719.

على ذلك نتيجته من الامتناع عن تطبيقه في ذات الدعوى المنظورة أمامها والمطالب فيها بتطبيقه .

فالدفع بعدم دستورية قانون ما - باعتباره وسيلة دفاع سلبي بحت - لا تعدو نتيجته اذن الغاية من ابدائه ، وهي مجرد استفادة الخصم صاحب الدفع وتمكنه من عدم الاستجابة لما يطلبه خصمه من تطبيق قانون معين عليه. ولذلك لا تتعرض المحكمة للقانون ذاته فتحكم بالغائه في حال مخالفته للدستور(١) ، وانما تقتصر فحسب على مجرد تقبل الدفع بالامتناع عن اجابة المدعي الى ما يطلبه من تطبيق القانون على خصمه . وهي بذلك تحترم في آن واحد سيادة الدستور بتغليبه على القانون المخالف له ، واستقلال السلطة التشريعية بعدم الاعتداء على حقها الثابت في الغاء القوانين .

ومن أهم الدول التي راجت فيها رقابة القضاء لدستورية القوانين عن طريق الدفع : الولايات المتحدة الامريكية(٢) والنرويج وكندا وايرلندا والبرتغال واليونان وجنوب أفريقيا(٣) .

غير أن ثم دولا أخرى قليلة أعطت القضاء حق رقابة دستورية القوانين عن طريق الدعوى ، كالنمسا وايطاليا وسويسرا ، وفي هذه الطريقة ، يباح رفع دعاوى مباشرة بطلب الحكم بابطال أو الغاء قانون معين صدر مخالفا للدستور . ونظرا لخطورة هذه الطريقة ، فان أغلب الدساتير التي أخذت بها أنشأت محاكم دستورية خاصة جعلتها وحدها المختصة - دون المحاكم العادية - بالنظر في دستورية القوانين والغاء القوانين غير الدستورية .

---

(١) فيظل هذا القانون قائما ، بحيث تستطيع محكمة أخرى - أو حتى نفس المحكمة التي امتنعت عن تطبيقه في قضية معينة - تطبيقه في قضية أخرى ، طالما لا يوجد نظام السوابق القضائية الملزمة .

(٢) راجع في ذلك بخاصة :

أحمد كمال أبو المجد ، رقابة دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٨ ، طبعة ١٩٦٠ .

(٣) Lafferrière, op. cit., p. 314.

وكذلك تقصر بعض هذه الدساتير حق الالتجاء الى هذه المحاكم — بدعاوى الالغاء — على هيئات عامة معينة ، فلا تجعله حقا مباحا للكافة(١) ٠

والواقع أن الطريقة الغالبة في تحقيق رقابة دستورية القوانين وهى طريقة الدفع ، تفضل — بما تحترم من مبدأ فصل السلطات حيث تقتصر الرقابة فيها على مجرد امتناع المحكمة عن تطبيق القانون غير الدستورى — الطريقة التى تتبعها أقلية الدول وهى طريقة الدعوى ، اذ فى هذه الطريقة الثانية اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات واعتداء على استقلال بعضها ، بتمكين السلطة القضائية العادية أو المحاكم الخاصة من بسط سلطانها على السلطة التشريعية والقضاء فيما تسنه من قوانين بالالغاء والابطال ٠

(٣) مدى رقابة دستورية القوانين فى مصر : ينبغى تتبع هذه الرقابة فى مرحلة أولى قبل انشاء « المحكمة العليا » سنة ١٩٦٩ ، ثم فى مرحلة ثانية منذ انشاء هذه المحكمة، ثم فى مرحلة ثالثة منذ انشاء « المحكمة الدستورية العليا » سنة ١٩٧٩.

١ — قبل انشاء المحكمة العليا : لم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتضمن أى اشارة الى مشكلة دستورية القوانين ، فلا هو منح السلطة القضائية حق التثبت من موافقة ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين لأحكام الدستور ، ولا هو منعها من ذلك ٠ ومن هنا نجد أن القضاء العادى قد تراوحت أحكامه — وهى قليلة نادرة فى هذا الشأن — بين ادعاء هذا الحق للمحاكم(٢) وبين انكاره عليها(٣) ، وان كان الاتجاه العام المستخلص من هذه الأحكام هو امتناع القضاء العادى عن ادعاء حق رقابة دستورية القوانين لنفسه ، رغم أن اجماع الفقهاء المصريين يكاد ينعقد على اثبات هذا الحق له(٤) ٠

---

(١) وهو ما يجعل من هذه المحاكم حينئذ وسيلة لحسم المنازعات بين السلطات العامة أكثر منها وسيلة لحماية حقوق الأفراد التى يكفلها الدستور (Lafferrière, op. cit., p. 300) ٠

(٢) مصر الأهلية أول مايو ١٩٤١ ، المحاماة س ٢٢ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٧٢٥ ٠

(٣) انظر فى الأحكام المنكرة لهذا الحق :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٥ وما بعدها ٠

(٤) انظر خاصة :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ — ٦٨٥ ٠ — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ٠

ثم كان أن أنشىء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦، وأتيح لمحكمة القضاء الادارى أن يعرض عليها الأمر ، فاستقر قضاؤها على اثبات حقها فى التصدى لبحث دستورية القوانين عند الدفع أمامها بعدم الدستورية ، بحيث تمتنع فى القضية المنظورة أمامها والمطلوب فيها تطبيق قانون غير دستورى عن تطبيقه ولكن دون أن تعرض له فى ذاته بابطال أو الغاء(١) .

وقد أيدنا من قبل هذا القضاء ورجونا أن يستقر حق المحاكم عموما فى رقابة دستورية القوانين فى مصر ، فتتحول المحاكم العادية عما تلتزمه من حذر وتخوف لا يوجد ما يبررهما . ورغم أن الخلاف لم ينقطع من بعد بصدور الدساتير المتعاقبة لسنة ١٩٥٦ و ١٩٥٨ و ١٩٦٤ ، لالتزامها ما كان يلتزمه

ص ٥٧٨د ـ ٥٩٨د . ـ عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٤٢ ، ص ٨٨ وما بعدها . ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ١٢٦ ـ ١٢٩ . ـ محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٧ ، وفقرة ٩٣ . عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٠ ـ ١٦٢ .

(١) أنظر خاصة :

محكمة القضاء الادارى : ١٠ فبراير ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ، ص ٢٨٤ . ـ ٣٠ يونية ١٩٥٢ ، المحاماة ، سنة ٣٣ ، العدد الأول ، ص ٦٨ .

ومن حيثيات الحكم الأخير ما يأتى : « ومن حيث أن أصلا من الأصول الدستورية هو أن يطبق القضاء القانون فيما يعرض له من الأقضية . والقانون هنا هو كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها .. ومن حيث أنه اذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعا لما قد يوجد بينها من تعارض ، وجب عليه أن يطبق القانون الأعلى فى المرتبة وان يستبعد عن دائرة التطبيق القانون الأدنى اذا تعارض مع القانون الأعلى ... ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القانون عند التعارض ليس معناه الحكم بالغاء القانون ، فهذا ما لا تملكه المحكمة الا بنص صريح فى الدستور . ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القانون عند تعارضه مع الدستور ، فهذا ما لا تملك الترخيص فيه الا برخصة دستورية صريحة ، وكل ما تملكه المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستورى فى القضية المعروضة عليها . وقضاؤها فى هذا مقصور على هذه القضية بالذات ، ودون أن تتقيد هى نفسها به فى قضية أخرى تنظرها بعد ذلك . ومن حيث أن هذا النظر هو المستفاد من مبدأ فصل السلطات مفهوما على وجهه الصحيح : فالسلطات التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الأخرى وكلتاهما تخضع للدستور . فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بالغاء قانون باطل فى دعوى أصلية ترفع أمامها ، والا سطت سلطتها على السلطة التشريعية . ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للسلطة التشريعية . وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات ... » .

دستور ١٩٢٣ من صمت حيال مشكلة رقابة دستورية القوانين ، الا اننا أكدنا حق القضاء جميعا فى مثل هذه الرقابة بالامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لأحكام الدستور ، مما يكفل فى آن واحد احترام سيادة الدستور بوصفه التشريع الأعلى ، واحترام مبدأ فصل السلطات كذلك على السواء(١) ٠

٢ ـ منذ انشاء المحكمة العليا : بتاريخ ٣١ أغسطس ١٩٦٩ ، صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩(٢) منشئا ما أسماه « المحكمة العليا » ٠ وقد منح هذا القانون لهذه المحكمة اختصاصات مختلفة متناثرة ، فى طليعتها اختصاص الفصل فى دستورية القوانين(٣) ٠ وبذلك انحاز المشرع المصرى متأخرا الى موقف الفقه شبه الاجماعى ومسلك مجلس الدولة فى تقرير حق الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، معلنا هذا الحق صراحة بما يقطع كل خلاف حوله أو تشكيك فيه ٠

وقد اختص المشرع المحكمة العليا وحدها دون غيرها من المحاكم بحق الفصل فى دستورية القوانين ، وذلك قدرا لخطورة هذه المسألة وتوحيدا للرأى فيها(٤) ٠ وبذلك لم يعد للقضاء العادى ولا للقضاء الادارى أى اختصاص بالفصل فى مسألة الدستورية ٠

غير أن استئثار المحكمة العليا بحق الفصل فى دستورية القانون لا يعطيها حق التصدى من تلقاء نفسها للفصل فى دستورية القوانين ،

---

(١) كتابنا أصول القانون، ص ٣١١ و٣١٢ ٠ ـ الطبعة الثالثة من هذا الكتاب، ١٩٦٩، ص ٢٤٨

(٢) استند المشرع فى اصدار هذا القرار بقانون ـ كما جاء فى ديباجته ـ الى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتعويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون (أنظر فى قانون التفويض المذكور ، سابقا ، متن وهامش «٢» ص ٢٣٩) ٠

(٣) وكذلك قرر دستور اتحاد الجمهوريات العربية مبدأ رقابة الدستورية ، اذ جعل فى طليعة اختصاصات المحكمة الدستورية الاتحادية « الفصل فى الطعون التى تقدم فى دستورية القوانين الاتحادية » (م ١/٤٨) ٠

(٤) أنظر فى ذلك : المذكرة الايضاحية لمشروع القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، النشرة التشريعية ، اغسطس ١٩٦٩ ، ص ٣٦١٥ و ٣٦١٦ ٠

ولا يعطى الهيئات أو الأفراد حق الالتجاء اليها مباشرة بدعوى اصلية مبتدأة يطلبون الحكم فيها بعدم دستورية قانون من القوانين . وانما يثبت اختصاص المحكمة العليا بالفصل فى دستورية قانون من القوانين اذا دفع ابتداء أمام احدى المحاكم - فى مناسبة دعوى مطروحة عليها - بعدم دستورية هذا القانون المطلوب تطبيقه فيها . فعلى المحكمة المثار أمامها الدفع تحديد ميعاد للخصوم « لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، على أن يوقف الفصل فى الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع » (م ١/٤ من قانون المحكمة العليا) .

وقد اقتصر النص فى قانون المحكمة العليا على اختصاص هذه المحكمة بالفصل في « دستورية القوانين » (م١/٤) ، مما أثار خلافا حول مدي امتداده أو عدم امتداده الى الفصل فى دستورية اللوائح . ولكن المحكمة العليا انحازت فى شأن هذا الخلاف لصالح شمولية اختصاصها برقابة الدستورية بحيث لايقتصر على رقابة دستورية القوانين بل ينبسط كذلك الى رقابة دستورية اللوائح (١). وهذا هو الرأي السليم (٢).

٣ - **منذ انشاء المحكمة الدستورية العليا** : حرص دستور ١٩٧١ على تقرير مبدأ انشاء « محكمة دستورية عليا » تحل محل المحكمة العليا وتكون هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها (م ١٧٤) ، ويناط بها وحدها دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح (م ١/١٧٥) ، وعلي أن تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة منها في الدعاوي الدستورية (م١٧٨) . ولكن الدستور المذكور أحال على قانون يصدر من بعد بتفصيل تنظيم هذه المحكمة ، مبقيا للمحكمة العليا حق الاستمرار فى ممارسة كافة اختصاصاتها الى حين تشكيل المحكمة الدستورية العليا وفقا للقانون المرتقب . وقد طال ارتقاب هذا القانون الى أن أتيح له الصدور سنة ١٩٧٩ بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩(٣).

---

(١) أنظر : الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، هامش (١) ص ٢٥٩.

(٢) في هذا المعنى :

محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية ، ١٩٨٧ ، ص ١٥٤. ولكن قارن :

سمير تناغو، النظرية العامة للقانون ، ١٩٨٦ ، فقرة ١٠٧ و ١٠٨ وحكم النقض بتاريخ ١٩٧٢/١٢/٢١ الذى يشير اليه (ص٣٥٨)

(٣) الجريدة الرسمية العدد ٣٦ فى ٦ سبتمبر ١٩٧٩.

وقد أعطي هذا القانون أربعة اختصاصات استثنائية للمحكمة الدستورية العليا تختص بها وحدها دون غيرها ، في طليعتها « الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح» (م٢٥/١) ، وهو مايعنينا في هذا المقام. وقد حسم القانون بهذا النص الصريح الخلاف المثار في ظل قانون المحكمة العليا في هذا الشأن (١) ، مؤكدا شمولية الاختصاص الاستئثاري للمحكمة الدستورية العليا في شأن رقابة الدستورية بما يتناول رقابة دستورية القوانين ورقابة دستورية اللوائح على السواء . وبذلك لم يعد لأية محكمة أخرى ـ غير المحكمة الدستورية العليا ـ اختصاص برقابة دستورية اللوائح (٢).

حالات رقابة الدستورية : لا تثار مسألة رقابة دستورية القوانين واللوائح الا في حالات ثلاث ذكرها القانون على سبيل الحصر وهي :

(١) الدفع بعدم الدستورية : وليست هذه الحالة بجديدة ، فقد كان منصوصا عليها من قبل في قانون المحكمة العليا ، ولكن النص الجديد عليها جاء بمزيد من الايضاح يقطع ما أثير من خلاف حول أثر الدفع في ظل قانون المحكمة العليا الملغى من حيث استلزام جديته أو عدم استلزام ذلك (٣).

وتفترض هذه الحالة وجود دعوى منظورة أمام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، ويتقدم أحد الخصوم فيها بدفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون مطلوبا تطبيقه في الدعوي. ولا يكفي مجرد الدفع بذلك حتى تعتبر رقابة الدستورية مشرعة، بل ينبغي أن تقدر المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن الدفع بعدم الدستورية دفع جدي يستحق النظر. فإذا قدرت عدم جديته، رفضت الدفع ومضت في نظر الدعوى الأصلية. أما اذا قدرت جديته، فانها تؤجل نظر الدعوى، وتحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لايجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا.

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٢٥٦.

(٢) أما رقابة قانونية اللوائح في حال الادعاء بمخالفة احدي اللوائح نصا في القانون دون مخالفة نص في الدستور، فلا تكون من اختصاص المحكمة الدستورية العليا (في هذا المعني : مصطفي أبو زيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، ١٩٨٥ ، فقرة ٥٦٧ ص ٣٩٠)، بل تكون من اختصاص المحاكم الأخري في حدود ولاية كل منها : فتملك محاكم القضاء الاداري عند التثبت من مخالفة القانون الحكم بالغاء النص أو النصوص المخالفة الواردة في اللائحة. وتملك محاكم القضاء العادي الامتناع عن تطبيق النص أو النصوص المخالفة الواردة في اللائحة (في هذا المعني : سمير تناغو ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٨ مكرر ، ص ٣٦٠).

(٣) أنظر الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، هامش ١ ، ص ٢٥٦.

فإذا لم ترفع الدعوي بذلك في الميعاد المحدد، اعتبر الدفع كأن لم يكن (م٢٩/ب)، وبذلك تسترد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي حقها في الاستمرار في نظر الدعوى الأصلية دون التفات الى الدفع المبدى بعدم الدستورية الذى فوت الخصم ميعاد رفع الدعوي به الى المحكمة الدستورية العليا.

أما إذا تم رفع الدعوى بعدم الدستورية في الميعاد المحدد، فتستمر الدعوى الأصلية موقوفة الى أن تفصل المحكمة العليا فى مدي دستورية القانون أو اللائحة. وبعد هذا الفصل ، تسترد المحكمة الأصلية أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي سلطتها فى الاستمرار في نظر الدعوى الأصلية ، وذلك في ضوء ما قررته المحكمة الدستورية العليا من دستورية أو عدم دستورية النص أو النصوص المطعون بعدم دستوريتها.

وتعتبر الدعوى بعدم الدستورية فى هذه الحالة دعوي متميزة لاترفع ابتداء ومباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا، وانما بعد دفع بعدم الدستورية مدفوع به أمام المحكمة الأصلية وبناء على تقدير هذه المحكمة أن الدفع جدي ، فهي دعــوى بدفع أو بناء على دفع (جدي). ويترتب على ذلك أن فصل المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى بعدم الدستورية يكون في ذات الوقت فصلا فى الدفع أمام المحكمة الأصلية.

(٢) الاحالة مباداة من محكمة الموضوع : وهذه الحالة جديدة لم يكن منصوصا عليها من قبل في قانون المحكمة العليا . فاذا تراءي لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، أثناء نظر احدي الدعاوي ، عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازما للفصل فى النزاع، فانها توقف الدعوي وتحيل الأوراق بدون رسوم الي المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية (م ٢٩/أ) . وتسد هذه الحالة نقصا قد يقوم اذا لزم في احدي الدعاوي تطبيق نص تعتقد محكمة الموضوع الأصلية بعدم دستوريته ولم يتنبه أحد الخصوم الى تقديم دفع بعدم الدستورية(١) .ويستوى أن يكون النص المعتقد بعدم دستوريته واردا فى قانون أو في لائحة. ولكن ينبغي أن يكون لازما للفصل فى النزاع، بحيث اذا لم يكن لازما لهذا الفصل فلا تملك محكمة الموضوع احالة المسألة الدستورية الى المحكمة الدستورية العليا.

---

(١) في هذا المعنى :

محسن الجليل ، المرجع السابق ، ص ١٦٩.

(٣) تصدي المحكمة الدستورية العليا لرقابة الدستورية: نص قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه يجوز لهذه المحكمة أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويكون متصلا بالنزاع المطروح عليها ، وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعاوي الدستورية (م ٢٧) . وتفترض هذه الحالة عدم توافر احدى الحالتين المتقدمتين، ولكن يتبين للمحكمة الدستورية العليا ، بمناسبة ممارسة اختصاص من اختصاصاتها ، وجود نص غير دستورى فى قانون أو لائحة يكون متصلا بالنزاع الذى تفصل فيه ، فحينئذ تتصدي مباشرة لهذا النص وتحكم بعدم دستورية . ولكن ليس لها هذا التصدى اذا كان النص المذكور غير متصل بالنزاع.

أحكام المحكمة الدستورية العليا . نص قانون المحكمة الدستورية العليا على أن أحكام هذه المحكمة فى رقابة الدستورية أحكام نهائية وغير قابلة للطعن (م٤٨)، وعلى أنها ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة (م١/٤٩) بمعنى أن آثارها مطلقة لانسبية (١) ، فهي لاتقتصر علي دعوى معينة ولا على خصوم معينين لأنها تقضي فى مدي دستورية النص فى ذاته بحيث يتقيد الجميع بقضائها فى الحاضر وفى المستقبل على السواء . وبذلك يحسم الأمر مرة واحدة ويتحقق الاستقرار ، بحيث يمتنع على الجميع من بعد اثارة مسألة الدستورية بشأن نص سبق للمحكمة الدستورية العليا البت فيها. ولذلك أوجب القانون نشر أحكام هذه المحكمة فى شأن رقابة الدستورية خلال خمسة عشر يوما علي الأكثر من تاريخ صدورها (م ١/٤٩).

وإذا رأت المحكمة الدستورية العليا أن النص المثار أمر دستوريته غير دستورى ، فانها لاتملك الحكم بالغائه (٢) ، وانما تكتفى بالحكم بعدم دستوريته. ويترتب على الحكم بعدم دستوريته عدم جواز تطبيق النص المذكور من اليوم التالى لنشر الحكم (م ٢/٤٩).

ومقتضي ذلك فى الأصل أنه يمتنع تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته علي كل ما

---

(١) وهذا ما كنا نراه فى ظل قانون المحكمة العليا رغم عدم النص فيه على ذلك (أنظر الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، ص ٢٥٨).

(٢) في هذا المعنى :

محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ١٧٢.

يعرض اعتبارا من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، ولكن دون المساس بما استقر نهائيا من أوضاع ومراكز قانونية وفقا للنص المذكور قبل هذا التاريخ . وبذلك يمتنع على المحاكم تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته فى أية دعوى ترفع في المستقبل ، بل وحتى في الدعاوي المرفوعة قبل ذلك التاريخ طالما لم يكن قد صدر فيها حكم نهائي بعد .

ومع ذلك ، يقرر قانون المحكمة الدستورية العليا أنه اذا كان النص المحكوم بعدم دستوريته نصا جنائيا ، فتعتبر الأحكام السابقة التى صدرت بالادانة استنادا الي ذلك النص كأن لم تكن (١) . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام فور النطق به لاجراء مقتضاه (م ٣/٤٩).

٥ ـ التقنـــين

١٣٩ ـ التقنين وضرورته

لا يخرج التشريع دائما فى صورة واحدة • فقد يخرج مجزءا لا يتناول الا مسالة بعينها ، كقانون المحاماة وقانون الشهر العقارى وقانون تنظيم الجامعات • وقد يخرج مجمعا تجميعا علميا منطقيا يضم فى وثيقة رسمية واحدة القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون •

ويطلق عى عملية التجميع هذه اسم « التقنين » • وكذلك يطلق هذا الاسم على الوثيقة الرسمية الجامعة نفسها التى تضم مجموعة النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون . كالتقنين المدنى ، وتقنين العقوبات . والتقنين التجارى وهكذا • ومن الأفضل ـ منعا للخلط ـ قصر اصطلاح « التقنين » Le code على الوثيقة الرسمية الجامعة وحدها ، والتعبير باصطلاح « عملية التقنين » La codification عن عملية التجميع الرسمى نفسها •

وغنى عن البيان أن « التقنين » بالمعنى الاصطلاحى الدقيق انما هو تجميع رسمى من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، أو هو تشريع جامع لهذا الفرع صادر عن المشرع نفسه بهذا الشكل الجامع • فلا يطلق هذا الاصطلاح على أى تجميع غير رسمى قد يقوم به بعض الكتاب أو الفقهاء لبعض قواعد القانون المتفرقة ولو كانت تمس نفس الفرع

(١) ويعتبر ذلك استثناءاً من الأصل المقرر في حالة ما اذا كان الحكم بالادانة نهائيا. ولعل المشرع أراد تشبيه هذه الحالة بحالة الرجعية المقررة للقوانين الملغية للجريمة (انظر لاحقا ، ص ٣٩٤.

من فروع القانون ، اذ مثل هذا التجميع لا يعدو أن يكون مجرد عمل فقهى بحت ، لا يرتفع الى مرتبة التشريع الجامع أى الى مرتبة التقنين .

وعملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدنية ونشاط حركة التشريع نشاطا كبيرا لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة . فيحتاج الامر الى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون فى وثيقة واحدة جامعة ، تحقق التناسق بين النصوص ، وترفع التعارض بينها . وتيسر المرجع اليها بما تحصر وتركز من مظان البحث . وقد أصبح التقنين اليوم فى العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبلغه الجماعة من وحدة سياسية . بل لقد أصبح كذلك مظهرا للاستقلال الوطنى تفتتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب التخلص من الاستعمار(١) .

١٤٠ ـ مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها

هوجمت فكرة التقنين على يد المذهب التاريخى كما سبق البيان . تخوفا من أن يؤدى جمع أحكام القانون فى تقنينات رسمية عدة الى جمود القانون وقعوده عن مسايرة التطور فى الجماعة . ولكن هذه المهاجمة تقوم على أساس فكرة خاطئة هى أن القانون يتكون آليا فى ضمير الجماعة ، فقد أظهرنا من قبل ما فى هذا الأساس من انكار لدور الارادة الانسانية البصيرة الواعية فى تكوين القانون(٢) . ونضيف الآن الى ذلك أن هذا التخوف لا يجد دائما ما يبرره . فليس صحيحا اطلاق القول بأن عملية التقنين أو التجميع تضفى على نصوص التقنين من المهابة والقدسية ما يرد عن تعديلها وتغييرها بما يلائم تطور الحياة فى الجماعة . ذلك أنه يبقى للمشرع دائما حق موالاة التقنين بالمراجعة والتعديل(٣) كلما تخلفت نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات الجماعة . والثابت ـ كما دلت التجارب ـ أن المشرع لا يحجم عن السير فى طريق المراجعة والتعديل ، كلما دعته الضرورة الى ذلك . فضلا عن أن الغالب

---

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 221.

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٦٦ .

(٣) انظر فى كيفية تعديل التقنين .
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 223-227.

فى التقنين هو الاقتصار على العام من المبادىء والكليات ، دون الخوض فى الخاص من التفصيلات والجزئيات ، فتعتبر نصوصه بذلك فى يد القضاء أداة طيعة مرنة ، يتوصل - بما له من حرية فى التفسير - الى ملاءمتها وتكييفها ، رغم بعد العهد بوضعها ، وفقا لما يستجد من ظروف فى الحياة العملية .

يضاف الى ذلك أن المآخذ على التقنين هى فى جوهرها مآخذ على التشريع ، تنبع من فكرة واحدة هى فكرة انبعاث القانون من ضمير الجماعة انبعاثا ذاتيا وتطوره بالتالى تطورا آليا . مما يستتبع أن لا يكون حبيس نصوص مدونة ، بل يترك حرا طليقا يجرى ويتطور به العرف . ولكن الثابت ان العرف لم يعد يفى بمطالب الحياة الحديثة المتكاثرة المتعقدة ، وان التشريع قد غدا اليوم ضرورة تواجه هذه المطالب . وخاصة بعد ازدياد تدخل الدول نتيجة انتشار المذهب الاجتماعى ، وما التقنين الا صورة من صور التشريع يزيد عليه فائدة بما يجمع من مبعثر النصوص . ويوافق بينها على أسس منطقى سليم . وييسر الاحاطة بها والرجوع اليها .

ونحن قيل ان ظهور التقنينات الفرنسية فى أوائل القرن الماضى قد ولد « مذهب التزام النص » الذى قام على أساس من تقديس النصوص تقديسا جر الى جمود القانون الفرنسى . فالرد على ذلك سهل ميسور . ذلك أن هذا المذهب ، ان كان قد نبت فى أعقاب صدور هذه التقنينات . فلم يكن ذلك الا نتيجة تصور خاطىء لفكرة القانون من اعتباره وليد ارادة الدولة ومشيئتها واعتبار التشريع بالتالى وسيلة الدولة الوحيدة واداتها فى صنع القانون وفرضه . فلم يكن ظهور التقنينات اذن هو سبب نشأة هذا المذهب ، وان كان ظهورها قد أعان على تنبيت هذا التصوير الشكلى الخاطىء للقانون فى الاذهان ومكن لاشاعة تقديس ارادة الدولة ونصوص التشريع فى النفوس . فالتقنينات الفرنسية كانت أول عمل تشريعى ضخم تولته دولة فى العصر الحديث ، مما مد فى الحجة لأنصار فكرة عقد القانون بمشيئة الدولة ، وصور لهم أن مثل هذه التقنينات قد جمعت فأوعت وأحاطت بكل شىء . غير أن تقدم العمر بهذه التقنينات وما صاحبه من تطور كبير فى المجتمع الفرنسى ، لم يلبث أن كشف عن خطأ النظرة الى هذه التقنينات باعتبارها شاملة وافية كاملة ، فضاعت بذلك أسطورة قدسيتها ، وانكشف فساد « مذهب التزام

النص » في تفسيرها . فظهرت مذاهب أخرى تدعو الى حرية أكبر في التفسير ، أدى رواجها الى دحض اتهام التقنين بالجمود بالقانون .

وأيا ما كان الأمر ، فقد بدد الواقع أوهام خصوم التشريع والتقنين ، فانتشر التشريع وراجت عملية التقنين ، ولم يستتبع ذلك لا قدسية التقنين ولا جمود القانون . فوجود تقنينات عدة لم يمنع المشرع المصرى أخيرا – حين دعت الحاجة – من الغائها واستبدال غيرها بها . ووجود التقنينات الفرنسية منذ أكثر من قرن ونصف من الزمان لم يجمد بالقانون الفرنسى ، اذ لم يزل القضاء الفرنسى يذلل من نصوصها – بما اختط لنفسه من حرية في التفسير – حتى لم تعد اليوم متخلفة عن مواجهة الحاجات والظروف الحالية للمجتمع الفرنسى .

١٤١ – حركة التقنين في العصر الحديث

اذا كانت حركة التقنين منتشرة ورائجة في العصر الحديث ، فان جذورها ممتدة في الماضى فيما عرفه الرومان من تقنين بدائى كالالواح الاثنى عشر ، ثم فيما عرفوه في القرن السادس الميلادى من تقنين أكثر احاطة وشمولا هو « مجموعة جوستنيان » . ولعل أول مظهر جدى علمى لحركة التقنين ، كان هو صدور التقنين المدنى الفرنسى المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤، وما تلاه في فرنسا من تقنينات أخرى خاصة بباقى فروع القانون . ثم ما لبثت حركة التقنين التى ابتدأتها فرنسا في العصر الحديث أن عمت أكثر الدول(١) . وامتدت حتى الى ألمانيا مهد المذهب التاريخى عدو التقنين .

١٤٢ – حركة التقنين في مصر

لم تعرف مصر حركة التقنين في عهدها الحديث قبل الربع الأخير من القرن الماضى ، فرغم تبعيتها للدولة العثمانية حينئذ لم تطبق فيها « مجلة الأحكام العدلية » ، نظرا لما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعى

---

(١) انظر في انتشار حركة التقنين في العصر الحديث . وتعداد التقنينات المدنية خاصة في مختلف الدول :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 271-276.

وفصائي • وكذلك فلئن كانت بعض أحكام الشريعة الاسلامية قد جمعت في مصر تجميعا علميا فيما أصدره قدرى باشا من مجموعات ثلاث هي : « كتاب الاحوال الشخصية » في قواعد الأحوال الشخصية ، و « مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان » في قواعد المعاملات المالية ، و « قانون العدل والانصاف » في قواعد الوقف ، الا أن هذه المجموعات لا تعتبر تقنينا بالمعنى الاصطلاحي لأنها مجرد مجهود فردى ، فليست لها صفة رسمية أو تشريعية تجعل لها قوة الزام في العمل •

ثم عرفت مصر حركة التقنين بانشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، اذ وضعت ستة تقنينات أخذت ـ مع خلاف يسير ـ عن التقنينات الفرنسية لتطبقها هذه المحاكم . هي : التقنين المدني . وتقنين المرافعات . والتقنين التجاري . والتقنين البحري . وتقنين العقوبات . وتقنين تحقيق الجنايات • ثم أسست المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ، فوضعت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة •

غير أن العمل لم يلبث أن أظهر نقص هذه التقنينات التي وضعت على عجل لمواجهة انشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وتخلفها عن ارضاء اتجاهات القانون الحديث • فلم يكن بد من مراجعتها مراجعة شاملة ، خاصة وقد ألغيت المحاكم المختلطة واستردت مصر سيادتها التشريعية والقضائية كاملة على الأجانب ، فاستبدل بالتقنين المدني وتقنين المرافعات المدنية تقنينان جديدان دخلا دور التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ • واستبدل بتقنين « تحقيق الجنايات » تقنين جديد سمي تقنين « الاجراءات الجنائية » تصحيحا للتسمية الأولى ، وعمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ . وتأخر الفراغ من مراجعة التقنين التجاري والتقنين البحري ، رغم أن الحاجة باتت ماسة الى مثل هذه المراجعة أمام ما أصاب التجارة والملاحة البحرية في هذا القرن من نمو وتطور كبير • أما تقنين العقوبات . فقد نقح تنقيحا شاملا مرتين : الأولى سنة ١٩٠٤ والثانية سنة ١٩٣٧ •

وقد أتيح للمشرع ـ استجابة للوعي الاجتماعي النامي ـ أن يصدر تقنينين هامين هما : تقنين العمل بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وتقنين التأمينات الاجتماعية بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ . وقد تمت مراجعة هذين التقنينين : فحل محل الأول تقنين جديد

للعمل صدر به القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، وعدل أكثر من مرة . وحل محل الثاني تقنين جديد للتأمين الاجتماعي صدر به القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وعدل هو الآخر أكثر من مرة.

وأمام التطور الاجتماعى والاقتصادى والسياسي الأخير في مصر ، استشعر المشرع الحاجة الي وجوب اعادة النظر في التقنينات القائمة التى وضعت في ظل مباديء ومفاهيم وقيم مختلفة ، فألف لجانا عـديدة لاعداد مشروعات تقنينات جديدة تتفق والتطور الجديد، وقد أتمت أغلب هذه اللجان مهمتها • ولكن لم ير النور بعد من المشروعات التي أعدتها هذه اللجان الا المشروع الخاص بتقنين المرافعات حيث صدر به القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . والمشروع الخاص بتقنين جـديد للاثبات في

المواد المدنية والتجارية حيث صدر به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وتم بعد انتظار طال أكثر من قرن اصدار تقنين التجارة البحري بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ الذي حل محل التقنين القديم الصادر سنة ١٨٨٣.

الوجه الثاني

الـــدين

المصدر الأصلي الخاص

١٤٣ ـ تمهيد وتقسيم

تكلمنا من قبل عن الدين باعتباره مصدرا رسميا للقانون بوجه عام ، ورأينا تفاوت سلطانه ـ في هذا الاعتبار ـ بتفاوت الجماعات وتفاوت الزمان • ويعنينا الآن أن نعرض للدين باعتباره مصدرا رسميا أصليا خاصا للقـانون المصرى • واعتبار الدين مصدرا رسميا خاصا في هـذا القانون ، يميزه عن التشريع المعتبر فيه مصدرا رسميا أصليا عاما • فرغم ما يشتركان فيه من صفة المصدر الرسمى الأصـــلي بحيث يكون لكل منهما الولاية أصـــلا فيما يتعرض له من مسائل ، الا أن نطاق الولاية يتفاوت بينهما تفاوتا كبيرا : فولاية التشريع عامة تمتد في الأصـل الى كل المســائل ، وأما ولاية الدين فخاصة لا تمتد الا الى مســائل معينة محدودة هى تلك التي تخرج استثناء من ولاية التشريع العامة • ويقتضى تحديد مركز الدين كمصدر رسمى أصلي

في القانون المصرى التفرقة أولا بين عهدين : العهد الذى سبق التقنينات المصرية الأولى أى التقنينات المختلطة والأهلية في أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، والعهد الذى تلا صدور هذه التقنينات • ثم يجب بعد ذلك الوقوف على أثر حركة التشريع الحديثة في مصر في تضييق نطاق ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى •

١٤٤ - مركز الدين قبل صدور التقنينات الأولى

كان النظام القانونى في مصر قبل صدور هذه التقنينات قائما منذ الفتح الاسلامى على أساس دينى بحت . اذ كانت الشريعة الاسلامية هى المستندة باعتبارها المصدر الرسمى الاصلى العام . اى باعتبارها فى الأصل الشريعة ذات الولاية العامة بالنسبة الى كل المسائل والى كل الأشخاص دون نظر الى اختلاف عقائدهم الدينية • وكان معترفا للشرائع الدينية الأخرى - بمقتضى الامتيازات الطائفية التى منحت لغير المسلمين فى الدولة العثمانية وامتدت الى مصر بالتالى - بولاية محدودة فى شأن المنتمين اليها وحدهم فى بعض مسائل الأحوال الشخصية •

١٤٥ - مركز الدين بعد صدور التقنينات الأولى

غير أن هذه المرتبة الأولى للشريعة الاسلامية بين المصادر الرسمية للقانون المصرى . لم تلبث أن تخلفت بانشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية واصدار التقنينات المختلفة - مختلطة وأهلية - فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى • اذ قفز التشريع بذلك الى الطليعة بين مصادر القانون المصرى ، فأصبح هو المصدر الرسمى الاول او المصدر الرسمى الأصلى العام . حالا بذلك محل الشريعة الاسلامية التى كانت تحتل من قبل هذا المركز • ولم يبق للدين من ولاية - الى جواره - الا فى شأن مسائل محدودة هى المسائل المتروكة التى أغفلت هذه التقنينات التعرض لها ، وهى مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية ، اذ ظلت هذه المسائل محكومة بالنظام السائد قبل صدور هذه التقنينات ، بحيث بقى المصدر الرسمى فى شأنها هو الدين على تفاوت فى ذلك بين الشرائع الدينية المختلفة ، بما يكفل للشريعة الاسلامية مركزها الممتاز القديم بالقياس الى الشرائع الدينية الأخرى ، وذلك على النحو الذى نوجزه(١) فيما يلى :

---

(١) أنظر لزيادة التفصيل كتابنا « أصول القانون » سالف الذكر ، ص ٣١٩ - ٣٢٦ •

(١) مسائل الوقف : يقصد بمسائل الوقف « المنازعات والمسائل المتعلقة بانشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت » (م ١/١٦ من قانون نظام القضاء) • فقد ظلت هذه المسائل منذ صدور التقنينات المصرية الأولى ـ كما كانت قبل هذا الصدور ـ داخلة في نطاق ولاية الدين ومحكومة أصلا بالشريعة الاسلامية وحدها ، سواء بالنسبة الى الأجانب أو بالنسبة الى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية • فالوقف نظام تأصل لدى فقهاء الشريعة الاسلامية من ناحية ، ونظام لا يتصل بالعقيدة الدينية أو يحمل مظنة الارغام فيها من ناحية أخرى •

(٢) مسائل الأحوال الشخصية : يمكن رد مسائل الأحوال الشخصية ـ وفق ما استقر عليه العمل في مصر ، وهو ما أيدته من بعد المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ـ الى مجموعات ثلاث كبرى :

(١) المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية •

(٢) المسائل المتعلقة بنظام الاسرة : كالخطبة ، والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة . والمهر والبائنة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ، وتصحيح النسب والتبني . والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للاقارب والأصهار •

(٣) المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا •

وكما قلنا ، تركت التقنينات المصرية الأولى مسائل الأحوال الشخصية فلم تعرض لها بحكم أو تنظيم ، وبذلك ظلت هذه المسائل خاضعة ـ بعد صدور هذه التقنينات ـ للنظام الذى كانت خاضعة له قبل صدورها . أى للشرائع الدينية المختلفة السائدة فى مصر ، ولكن مع مراعاة ما للشريعة الاسلامية بينها من مركز ممتاز ، ناشىء من أن ولاية هذه الشريعة كانت هى الأصل ، وأن الاعتراف للشرائع الدينية الأخرى بولاية فى بعض مسائل الأحوال الشخصية وبالنسبة للخصوم التابعين لهذه الشرائع انما تقرر كمجرد استثناء تمكينا لحرية العقيدة عند غير المسلمين •

وبذلك ظلت الشريعة الاسلامية ، فى مسائل الاحوال الشخصية ، هى الشريعة ذات الولاية العامة التى تحكم فى الاصل هذه المسائل بالنسبة الى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين على السواء •

أما الشرائع الدينية غير الاسلامية ، فلا تتمتع فى نطاق مسائل الأحوال الشخصية الا بولاية مقيدة ومحدودة على سبيل الاستثناء . اذ هى قاصرة من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع على حد سواء .

(١) **فمن حيث الأشخاص** ، ترتهن ولاية هذه الشرائع باتحاد الخصوم فى الدين أو الملة . بحيث اذا افترق الخصوم غير المسلمين فى الدين أو الملة ، ظلت الولاية فى شأن مسائل أحوالهم الشخصية للشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة فى هذه المسائل .

(٢) **ومن حيث الموضوع** ، لا تكون ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية ملزمة الا فى مسائل الأحوال الشخصية التى قد يحمل اخضاعها لنظام دون آخر معنى الارغام فى العقيدة(١) . وهى تكاد تنحصر فى الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق . بحيث لا يحل للخصوم غير المسلمين المتحدى الدين أو الملة التراضى فى شأنها على الاحتكام الى شريعة دينية غيرها ولو كانت هى الشريعة الاسلامية ذات الولاية العامة .

وأما المسائل التى لا تتصل بالعقيدة الدينية اتصالا مباشرا ، فالأصل - أمام انتفاء حرج الارغام فى العقيدة فى شأنها - هو خضوعها بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين على السواء للشريعة الاسلامية وهى الشريعة ذات الولاية العامة ، بحيث لا تثبت للشرائع الدينية غير الاسلامية فى شأنها ولاية من حيث المبدأ . ولذلك كانت مسائل **الأهلية والولاية على المال** خاضعة حتى بالنسبة لغير المسلمين لقواعد الشريعة الاسلامية منذ قديم(٢) .

ولكن استثناء من هذا الأصل ، أعطيت الشرائع الدينية غير الاسلامية امتيازا بالولاية فى شأن مسائل **المواريث والوصايا** ، رغم عدم اتصالها بالعقيدة الدينية اتصالا مباشرا . غير أن ولايتها فى ذلك لم تكن ولاية ملزمة . بل مجرد ولاية تحكيمية . ومعنى ذلك أن الشريعة الاسلامية ظلت هى الشريعة الواجبة التطبيق فى هذه المسائل حتى على غير المسلمين . ولكن زيادة فى التسامح الدينى أبيح لغير المسلمين بقيود معينة الاحتكام الى شرائعهم الدينية فى شأنها ، فقيد هذا الاحتكام ، فضلا عن قيد اتحاد الملة

---

(١) نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ٤ ، رقم ٣٧ ، ص ٧٤ .

(٢) راجع فى ذلك ، وفيما كان موجودا قبل صدور قانون المجالس الحسبية لسنة ١٩٢٥ من امتياز قضائى لثلاث من المجالس الملية غير الاسلامية بالنظر فى مسائل الوصاية والقوامة =

بين الخصوم وهو الشرط العام لولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية ، بقيد آخر هو وجوب صدور التراضي على الاحتكام ممن يعتبرون ورثة في نظر الشريعة الاسلامية . وقد أكدت محكمة النقض حدود الولاية التحكيمية للشرائع الدينية غير الاسلامية في مسائل المواريث والوصايا على هذا النحو(١) ، وقنن المشرع المصرى هذا القضاء من بعد بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤(٢) .

١٤٦ - أثر نشاط حركة التشريع الحديثة في مركز الدين

اذا كان هذا هو مركز الدين عقب صدور التقنينات المصرية الأولى في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، فان حركة التشريع لم تلبث أن نشطت في القرن الحالي نشاطا كبيرا في المسائل المتروكة أصلا لولاية الدين ، مما كان له أثره في تضييق مدى هذه الولاية الى حد بعيد .

فصدر قانون « المجالس الحسبية » في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، مقننا القواعد القانونية المتعلقة بالاهلية والولاية على المال بين المصريين جميعا دون نظر الى اختلاف دياناتهم . وقد حل محله من بعد القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية ، الذى لم يلبث أن استبدل به - فيما يتعلق بأحكامه الموضوعية - القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وهو القانون المطبق حاليا . وصدر كذلك القانونان رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوضع قواعد جزئية متعلقة ببعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين . وهى مسائل المهر والنسب والحضانة والنفقة

= وحدها دون سائر مسائل الأهلية والولاية على المال :

توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين . الطبعة سنة ١٩٦٤ . فقرة ٣٣ ، ص ٨٥ - ٩٥ .

(١) نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، المشار اليه في هامش «١» ص ٢٦٧ .

(٢) راجع مع ذلك فيما يراه بعض الفقهاء من اتخاذ هذا القانون وما يقرره من ولاية تحكيمية للشرائع غير الاسلامية في مسائل المواريث والوصايا بمقتضى المادتين ٨٧٥/١ و ٩١٥ من التقنين المدنى الحالى ، وفى مناقشة هذا الرأى ورفضه :

كتابنا أصول القانون سالف الذكر ، هامش «١» ص ٣٢٨ و ٣٢٩ - توفيق فرج ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٦٨ - ٧٠ .

والطلاق والتطليق (وقد تم أخيرا تعديل بعض هذه القواعد بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف(١) . والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية . وبصدور كل ما تقدم من قوانين ، أصبح المصدر الرسمي الأصلي اليوم لما تتضمنه هذه القوانين من أحكام هو التشريع لا الدين . ولكن تبقى الشريعة الاسلامية التي استقيت منها تلك القوانين مصدرا تاريخيا أو ماديا لأحكامها .

فهذه التشريعات اذن قست من مدى ولاية الدين كمصدر رسمي أصلي خاص للقانون المصري الى حد بعيد . ولكنها لم تعدم هذه الولاية اطلاقا . فما زال للدين مركزه كمصدر رسمي أصلي في كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق المتروك أصلا للدين ، على النحو الذي سبق بيانه من اعتبار ولاية الشريعة الاسلامية - في هذا النطاق - ولاية عامة(٢) ، وولاية الشرائع الدينية الأخرى مجرد ولاية استثنائية محدودة .

ولم يتغير هذا الوضع بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية أخيرا . فان المحاكم العادية اليوم - رغم توليها الفصل فيما كان يدخل في اختصاص تلك المحاكم والمجالس الملغاة من مسائل بالنسبة الى الجميع على اختلاف الدين - ما تزال تقضي ، تبعا لاختلاف عقائد الخصوم ، بالشريعة الاسلامية والشرائع الدينية الأخرى كل منها في حدود ولايته .

---

(١) يراعي أن نطاق الوقف قد ضاق في مصر بصدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى الغي « الوقف على غير الخيرات » وهو المعروف باسم « الوقف الأهلي » ، فلم يبق قائما الا الوقف الخيري وحده ، وفي شأنه تدخل المشرع بما يكفل التوقي من مساويء اطلاقه المزمنة ومن جمود نظامه (أنظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٦٦ ، ص ٩٩٨ ، ٩٩٩).

(٢) ولذلك حرص المشرع المصري ، في صدد بعض مسائل الأحوال الشخصية المنظمة تشريعيا ، على الاحالة الى الشريعة الاسلامية الى جوار النصوص التشريعية المقررة (م ٨٧٥/١ مدني في شأن المواريث ، و م ٩١٥ مدني في شأن الوصية) ، وكذلك نبهت المذكرة التفسيرية لقانون الوقف الى « أن هذا القانون ليس شاملا لكل أحكام الوقف . وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع الى الراجح من مذهب الامام أبي حنيفة » راجع في ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٢٨ و ٣٢٩) .

المطلب الثاني
المصادر الرسمية الاحتياطية

١٤٧ ـ الحاجة الى المصادر الرسمية الاحتياطية

رأينا أن المصادر الرسمية الأصلية للقانون المصرى هى التشريع بوصفه مصدرا عاما يشمل اختصاصه فى الأصل كل المسائل عموما . والدين بوصفه مصدرا خاصا ينحصر اختصاصه فى نطاق محدود . ففيما عـدا هذا النطاق المحدود الذى تكون الولاية فيه للدين على ما سبق من تفصيل . تثبت الولاية للتشريع أصلا . غير أن التشريع لا يمكن أن يتوافر له من كمـال الاحاطة ما يواجه كل ما قد يوجد أو يستجد فى الحياة العملية من روابط وعـلاقات وأوضاع . فالنقص فيه فطرى ينبغى التماس سده عند غـيره من المصادر الرسمية . ولذلك توجد المصادر الرسمية الاحتياطية لكى تواجه الفراغ الذى قد يخلفه هذا المصدر الأصلى العام وهو التشريع .

والعرف فى القانون المصرى ـ كما هو الشأن عادة فى أغلب القوانين الحديثة ـ هو المصـدر الرسمى الاحتياطى الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فيسد ما قد يوجد فيه من نقص . غير أن القـانون المصرى قد أفسح المجال ـ منذ نفاذ التقنين المدنى الحالى سنة ١٩٤٩ ـ لمصدر رسمى احتياطى ثان يلى العرف فى المرتبة هو « مبادىء الشريعة الاسلامية » .

ولذلك نقسم هذا المطلب الى وجهين :

الوجه الأول ـ فى العرف .

الوجه الثانى ـ فى مبادىء الشريعة الاسلامية .

الوجه الأول

العــرف(١)

١٤٨ - تمهيد

العرف هو اطراد العمل على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في الزام هـذه السنة كقاعدة قانونية . أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواترا تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة . وقد يقصد باصطلاح « العرف » ، فضلا عن ذلك ، الدلالة على القاعدة أو السنة التي تحمل العقيدة في الزامها على اطراد اتباعها في العمل .

وقد سبق أن أشرنا الى أن العرف كان من ناحية الوجود التاريخي أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . ومرد ذلك الى أنه يتكون آليا مما تمليه ضرورات العمل بمعزل عن تدخل السلطة الحاكمة في الجماعة . فهو مصـــدر رسمي فطري وضروري يعطي القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل ، خاصة حيث الحياة بدائية ، والمحافظة على التقاليد شديدة والسلطـة في الجمـــاعة ضعيفة أو غير متركزة في يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها .

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. I. Nos. 109 - 139, pp. 317 - 446. — Lebrun, La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, thèse, Caen, 1932. — Koschembahr-Lyskowski, Le code civil et la coutume, Révision de la notion de coutume, Etudes de droit civil à la mémoire de Hensi capitant, pp. 403 - 415. — Spach, Recherrhes sur la problématique du droit ccutumier, Recueil d'ttudes sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t. II, pp. 277 - 301. — Waline, L'individualisme et le droit, 1949, pp. 249 - 308.

Allen, Law in the making, pp. 62 - 150. — Fray, The nature and sources of the law, pp. 282 - 301.

أحمد حشمت أبو ستيت ، أبحاث في أصول القوانين ، العرف كمصدر من مصادر القانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٦٢٣ - ٦٤٦ .

فاذا تقدمت المدنية وتعقدت الحاجات في الجماعة ، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للالزام بالقواعد القانونية ، وان يبقى - الى جانب التشريع - مصدرا تكميليا يلزم بالقواعد القانونية حين يتبدى نقص نصوص التشريع .

ذلك هو دور العرف اليوم في أغلب الدول الحديثة . وليس ينفي ذلك أن العرف ما زال في بعض الدول كانجلترا ، محتفظا بمكانه كمصدر أصيل للقانون ، وان يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة ، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الالزام به على أساس اطراد المحاكم على الحكم بقواعده ، أي يجعل القضاء هو المصدر الرسمي للقانون . وان يكن القضاء هناك - نظرا لما للسوابق القضائية من الزام - يكاد يرد بدوره الى نوع من العرف هو العرف القضائي .

وينبغي - لبسط القول في العرف - الوقوف على أركانه ، والكشف عن أساس قوته الملزمة ، والاحاطة بمكانه بين المصادر الرسمية للقانون وبخاصة القانون المصري ، وبنصيبه المتفاوت في فروع القانون المختلفة .

١ - أركان العرف

قلنا ان العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية يجب التزامها واحترامها .

ومن هذا التعريف يتضح أن العرف يقوم على ركنين أساسيين :

(١) ركن مادي ، يتلخص في اطراد العمل بسنة أو قاعدة معينة .

(٢) ركن معنوي ، يتلخص في توافر الاعتقاد في الزام هذه السنة وضرورة اتباعها(١) .

---

(١) Gény. op. cit., t. No. 110, p. 320.

١٤٩ - الركن المادى - اطراد العمل بسنة معينة

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن العرف انما يتكون أولا من العمل بسنة معينة ، واطراد العمل بهذه السنة وتواتره .

وهذه السنة تنشأ فى الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو أمرها وتولدها الحاجة اليها فى العمل ، فتنشأ فى العمل نشوءا ذاتيا أو شبه ذاتى ، لا يفتعله أو يفرضه احد كما تفرض التشريع سلطة عامة مختصة مثلا . فاتباع الأفراد سنة معينة باطراد انما يكون محض اتباع ذاتى يندفعون اليه اما بدافع الاحساس بضرورة هذه السنة ، واما بدافع الاستحسان لها ، واما بدافع التقليد لغيرهم فى اتباعها .

فالعرف اذن انما يوجد ويولد فى الجماعة مباشرة ويتكون أول الأمر من حل معين يطبق فى نزاع معين ، ثم يتبع هذا الحل كلما عرض نفس النزاع ، حتى تستخلص من ذلك سنة متبعة باطراد فى هذا الصدد .

فينبغى اذن أن يتكرر العمل بهذه السنة تكرارا يتضمن معنى الثبات والاستقرار على اتباع مضمونها ، وينبغى أن تكون هذه السنة عامة يسود اتباعها بين الأفراد لا بمعنى أن تكون شاملة تعنى الجماعة كلها ولكن بمعنى أن تكون عامة فى المكان الذى تتبع فيه باطراد ، وان تكون عامة بالنسبة للأشخاص الذين تتوجه اليهم ، أى أن توجه اليهم بصفاتهم لا بذواتهم . فلا يطعن فى عموم السنة اذن كونها محلية أى قاصرة على جزء معين من اقليم الجماعة ، ولا كونها مهنية أو طائفية أى قاصرة على مهنة أو طائفة معينة ، كما هى الحال فى العرف التجارى والعرف الزراعى .

وينبغى فضلا عن ذلك أن تكون هذه السنة قد صارت قديمة(١) بمعنى أن يكون قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد تكرارها وعموميا على

---

(١) ومع ذلك ، أنظر فيما يراه بعض الفقهاء من عدم اشتراط القدم لنشوء العرف الدستورى خاصة :

عبد الحميد متولى : المفصل فى القانون الدستورى ، الجزء الأول ١٩٥٢ ص ١٦٥ - ١٦٩ .

السواء • وتحديد هذا الزمن أمر تقديرى بحت يتوقف على ظروف عدة ، ولذلك فهو يختلف باختلاف القواعد العرفية وتفاوت موضوعها •

ويرى بعض الفقهاء(١) أن العرف ينبغى أن يكون موافقا للنظام العام والآداب فى الجماعة • وعندنا أن مثل هذا الشرط لا يصدق الا فى حق العرف المحلى والعرف المهنى أو الطائفى(٢) ، حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع ما يستقر فى الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب • أما العرف الشامل ، فلا يتأتى القول باشتراط موافقته النظام العام والآداب فى الجماعة(٣) ، لأنه هو نفسه ـ باعتباره متكونا فى الجماعة كلها ـ يسهم الى حد كبير فى تحديد مضمون النظام العام والآداب فيها •

وأيا ما كان الامر ، فالعرف بما يتطلب من قدم وتكرار ينتهى الى أن يكون مصدرا بطيئا من مصادر الانتاج القانونى ، وهو بذلك لا يملك الاستجابة السريعة لحاجات الجماعات الحديثة المتجددة المتغيرة ، ومن هنا يبدو تفوق التشريع عليه من هذه الناحية •

والعرف ـ باعتباره سنة متبعة فى العمل باطراد ـ لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما هو واقع فى العمل من التواتر على سير أو سلوك

---

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت . فقرة ٧٣ • ـ سليمان مرقس ، فقرة١٥٢ ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١١٧ ـ محمد على امام ، فقرة ١١٥ •

(٢) وقد عرض على محكمة النقض المصرية أمر التثبيت من موافقة العرف الكنسى الخاص بنظام الرهبنة ـ وهو عرف طائفى ـ للنظام العام ، فقضت بأن « الرهبنة نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية •• وأن من قواعد الرهبنة •• أن الأموال التى تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكا للبيعة ، اذ الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كى يتقشف ويربى تربية دينية على حساب الدير راضيا بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا ، بل يكون ملكا للكنيسة ، وهذا التراضى الذى جرى العرف الكنسى باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادىء النظام العام أو أحكام القانون فى شىء ما » • (نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، جـ ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣٩ وما بعدها) • وأنظر كذلك فى نفس المعنى : نقض ٣١ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٧ ، ع ٣ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١ •

(٣) الا أن تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب مقررة بنصوص تشريعية آمرة ، وحينئذ لا تجوز مخالفتها بعرف شامل . لأن العرف أدنى من التشريع فى المرتبة كما سنرى •

معين ، ولهذا كثيرا ما يعوزه الوضوح والتحديد وان يكن ذلك يزيد فى مرونته • وهو يفترق ، فى هذه الناحية ، عن التشريع الذى تقوم سلطة عامة مختصة بسنه وافراغ معناه فى لفظ يحدده فيعطيه الوضوح والثبات ونص قد يقيده فيجمد به عن مسايرة التطور •

١٥٠ ـ الركن المعنوى ـ العقيدة فى الزام السنة المتبعة

لا يكفى ـ لتكون القاعدة العرفية ـ وجودها المادى كسنة يطرد اتباعها فى العمل بل ينبغى لها فضلا عن ذلك وجود معنوى أو نفسى ينحصر فى قيام عقيدة ـ فى نفس من يتبعون هذه السنة باطراد ـ بالزام هذه السنة ووجوب احترامها كما تحترم القواعد القانونية(١) • وبغير هذا الوجود المعنوى أو النفسى لا يوجد العرف ، وانما يظل مجرد سنة غير ملزمة ، يملك الأفراد ـ حتى ولو كانوا يجرون على اتباعها فى العمل باطراد ـ حق مخالفتها كما يشاؤون •

وتوافر هذا الركن هو الذى يسمح بالقول بنشوء عرف ، وبتمييز العرف بالتالى عما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالعادة الاتفاقية بخاصة على النحو الذى نبينه فيما يلى •

١٥١ ـ التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية

يتميز العرف أساسا بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد فى الزامه نفس الزام القواعد القانونية أى من الاعتقاد فى وجود جزاء أو اجبار عام أو جماعى يكفل احترامه • وعلى هذا النحو يتميز العرف (La coutume) عن مجرد العادة (L'usage) ، اذ يجتمع للعرف الوجود المادى والمعنوى على السواء أى اطراد السنة والعقيدة فى الزامها معا • ولا يجتمع للعادة الا الوجود المادى وحده دون الوجود المعنوى ، فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة

---

(١) Gény, op. cit., No. 110, pp. 320, No. 119, pp. 361 - 364. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 220 - 224.

وقيام عقيدة الالزام عند الأفراد ، لا يعنى أن الأفراد يظهرون بذلك ارادتهم فى انشاء قاعدة قانونية ، فالعرف ليس تصرفا اراديا • (أنظر : (Lebrun, Thèse précitée, No. 223

الالزام وان كانت مطردة فى العمل ، أى تكون مجرد سنة مطردة يتبعها الأفراد فى العمل اتباعا لا يقوم على عقيدة الزامية فى ضرورة مراعاتها أو احترامها وانما هو محض اتباع اختيارى من جانبهم .

ومن هنا فلا تسرى العادة فى حق الأفراد سريان العرف فى حقهم ، فالعرف وهو قاعدة قانونية ، يلزم الافراد بذاته دون توقف على رادتهم . أما العادة — وهى مجرد واقعة مادية أى مجرد سنة تتبع عادة فى العمل دون أن تسندها عقيدة فى الزامها — فلا تكون لها قدرة على الزام أى فرد كان ، الا أن يريد الفرد الالتزام بها ، وتظهر ارادته هذه صراحة أو ضمنا . وحينئذ لا يكون الزام العادة الزاما ناشئا عن وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ملزمة ، وانما هو الزام ناشىء من التزام بعض الأفراد بها وقبولهم اتباعها بمحض ارادتهم واتفاقهم . أى أن العادة لا يكمن الزامها فى قوتها الذاتية ككل قاعدة قانونية ، وانما يستمد هذا الالزام من ارادة المتعاقدين واتفاقهم . لذلك جرى الاصطلاح على وصف العادة بما يفيد ذلك وتسميتها بالتالى باسم « العادة الاتفاقية » L'usage convontionnel.

ومن أمثلة العادة ما يطرد عليه العمل فى بعض المدن من أن المستأجر هو الذى يتكفل بثمن استهلاك المياه ، وما يطرد عليه العمل على عكس ذلك فى مدن أخرى من أن المؤجر هو الذى يتكفل بهذا الثمن(١) . وكذلك ما تجرى به العادة ، فى بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرين بحسب المناطق والجهات . وكذلك ما تجرى به العادة من توزيع الارباح بين الشركاء بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال وبنسبة الثلث للشريك الذى قدم العمل .

---

(١) ولا يمنع وجود نص — كنص المادة ٢/٥٦٧ من التقنين المدنى المصرى — بشأن من يتحمل بهذا الثمن من المتعاقدين ، من اعمال العادة ولو كانت مخالفة للنص . طالما أنه نص مكمل لا آمر ، وطالما يثبت انصراف ارادة المتعاقدين — ولو انصرافا ضمنيا مستخلصا من الظروف — الى الأخذ بالعادة (انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٣٢٨ ، وقارن : عبد الفتاح عبد الباقى ، هامش «١» ص ١٥٩ — وأنظر بوجه عام فى قدرة العادات الاتفاقية — نتيجة انصراف الارادة الى الأخذ بها — على مخالفة القواعد القانونية المفسرة أو المكملة بما يمنع من نطباقها :
Gény, op. cit., t. I, No. 132, p. 426.

فينبغي للأخذ بحكم العادة اذن انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد والالتزام بها انصرافا صريحا – أو كما هو الغالب – انصرافا ضمنيا يستخلص من مختلف ظروف التعاقد كمكان العقد وزمانه والغرض من التعاقد ومركز المتعاقدين ومعاملاتهما السابقة(١) . فاذا لم تنصرف ارادة المتعاقدين صراحة ولا ضمنا الى الالتزام بالعادة ، فلا الزام لها عليهما . وعلى هذا النحو تفترق العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المكملة(٢) ، فتكون العادة ملزمة باتجاه ارادة المتعاقدين الى اتباعها والالتزام بحكمها ، وتكون القاعدة القانونية المكملة ملزمة – على العكس من ذلك – بانصراف ارادة المتعاقدين عن مخالفتها(٣) .

واذا كانت القواعد العرفية – ككل القواعد القانونية – اما قواعد آمرة(٤) واما قواعد مكملة ، فقد تدق التفرقة بين العادة الاتفاقية وبين القاعدة العرفية المكملة . ولكن فضلا عما يفرق بينهما من توافر عقيدة الالزام فى الثانية دون الأولى ، فان التمييز بينهما يظل قائما على الأساس الذى أقمنا عليه التفرقة بين العادة وبين القاعدة القانونية المكملة بوجه عام ، فبينما لا تلزم العادة الاتفاقية الا بانصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها ، اذ بالعرف المكمل – على النقيض من ذلك – يلزم اذا لم يتفق المتعاقدان على خلافه .

ويراعى أن المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية ، وان كان يترخص فى تسميتها غالبا باسم العرف . وحينئذ تستمد العادة الاتفاقية

---

(١) Gény, op. cit., No. 131, p. 424.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦١ .

(٢) أنظر عكس ذلك :

Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1956, No. 114 p. 191.

(٣) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 131, p. 423.

(٤) من أمثلة القواعد العرفية الآمرة ما كان موجودا فى مصر من قبل من قواعد عرفية مثبتة للأجانب التمتع ببعض الحقوق والامتيازات ، وما يوجد من عرف فى بعض الدول بتسمية الزوجة بلقب زوجها .

الزامها من نص المشرع لا من انصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها(١) .

ومهما يكن من أمر التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، فالثابت أن العادة تنتهى فى كثير من الأحيان الى أن تصير عرفا حينما تحل ارادة جماعية مشتركة محل الارادات الفردية فى اعتقاد ضرورة التقيد بها ، أى حينما ينفصل الالزام الذى يصاحب العادة عن ارادة المتعاقدين ليصبح الزاما عاما يقوم على عقيدة عامة فى وجوب احترام السنة التى تجرى بها العادة ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة ، فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية عرفية ملزمة بذاتها(٢) .

١٥٢ — آثار التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية

اذا كانت التفرقة واجبة بين العرف وبين العادة الاتفاقية على النحو السابق ، من كون العرف ينشىء قاعدة قانونية بينما العادة تعتبر مجرد واقعة مادية يأتيها الالزام من ارادة المتعاقدين وقصدهما الالتزام بها ، فانه تنبنى على هذه التفرقة نتائج بعيدة المدى نذكر أهمها فيما يلى :

(١) من حيث افتراض أو عدم افتراض العلم بالمضمون : لما كان العرف ينشىء قواعد قانونية وكان المبدأ هو افتراض العلم بالقانون ، فيفترض بالتالى علم المخاطبين بالعرف بأحكامه ، بحيث لا يقبل من أحدهم — كمبدأ عام — الاعتذار بجهل هذه الأحكام . أما العادة الاتفاقية ، وهى مجرد واقعة مادية لا تستمد قوتها الملزمة الا من ارادة المتعاقدين ، فلا يفترض العلم بها ، بل يلزم — لامكان تطبيقها — أن يكون المتعاقدان على علم بها وبينة منها ، بحيث لا تطبق اذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، اذ فى هذه الحالة

---

(١) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ١٤٦ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٨ . — محمد على أمام ، فقرة ١٢٠ .

وأنظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ .

(٢) Gény, op. cit., No. 133, pp. 430, 431.

لا يمكن أن تكون ارادتهما قد انصرفت الى التقيد بأحكامها(١) ٠

(٢) من حيث سلطة القاضى فى التطبيق : يكون القاضى ـ باعتباره مكلفا بتطبيق القانون ـ ملزما من تلقاء نفسه بتطبيق العرف بوصفه منشئا لقواعد قانونية فى الدعاوى المرفوعة أمامه ، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به ٠ بينما ينبغى التمسك بالعادة الاتفاقية من قبل الخصـــوم لامكان تطبيق القـاضى لهـا فى حقهم ، اذ هى فى مقام الشرط الصريح أو الضمنى فى العقد ٠

(٣) من حيث الاثبات : اذا كان من الواجب التمسك بالعادة الاتفاقية لامكان تطبيق القاضى لها كما رأينا ، فيقع على من يتمسك بها من الخصـــوم واجب اثباتها(٢) ، فيثبت وجودها المـادى كسنة مطردة فى العمل ثم يثبت انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها(٣) ٠ أما العرف فعلى العكس من ذلك ، لا يقع اثبـاته على الخصم الذى يطلب تطبيقه . لأنه قاعـدة قانونيـة لا يرتهن تطبيقها بتمسك الخصوم بها ، والمفروض فى القاضى العلم بالقواعد القانونية فلا يملك تكليف أحد منهم باعلامه بها أو اثباتها له ٠

ورغم ذلك ، فلئن كان العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية ، الا أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القـــاضى من معرفة العرف ، اذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشورة ، بينما العرف لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليـه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة ، مما يتعذر معه التعسير على القاضى بالزامه الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة ، خاصة وهو غالبـا عرف محلى أو طائفى يختلف باختلاف الجهـات واختلاف الطوائف ٠ من أجل ذلك يكون للقـاضى أن يتوسل بكل الطرق

---

(١) Gény, op. cit., No. 132, p. 425.

(٢) Gény, ibid.

(٣) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ١٥٣ ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦٢ ٠

وقارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج٢ ، الاثبات ، آثار الالتزام ، ١٩٥٦ ، فقرة ٣٨ ٠

الموصلة الى الوقوف على العرف : فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطالب بتطبيقها فى موضوع النزاع ، القيام باثبات وجودها وتحديد مضمونها ، بل الغالب فى العمل أن يبادىء هذا الخصم فيقوم باثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الاثبات(١) ٠

وللقاضى كذلك ـ اذا كان العرف خاصا بمهنة معينة ـ أن يستدل على وجود العرف بالرجوع الى أهل الاختصاص فى هذه المهنة ٠ فهو فى العرف التجارى مثلا يستنير بما تعطيه الغرف التجارية من شهادات مكتوبة فى هذا الشأن(٢) ٠ ولا يعنى ذلك أن مثل هذه الشهادات لها حجية مطلقة فى اثبات العرف مما يلزم القاضى بالحكم وفقها ، اذ يبقى للخصم الآخر حق الطعن فيها واقامة الدليل على عكسها ، والقاضى من فوق ذلك يفصل فى الأمر بما له من سلطة تقديرية ٠

(٤) من حيث رقابة محكمة النقض : القاضى مطلق السلطان لا معقب عليه فى قضائه حيث يحكم بوجود العادة الاتفاقية أو بتطبيقها ، لأن العادة الاتفاقية ـ وهى مجرد واقعة مادية ـ تعتبر مسألة موضوعية لقاضى الموضوع الرأى الأعلى والنهائى فيها ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه فى تقديره(٣) ٠

أما العرف ، فينبغى كمبدأ عام ، أن يخضع حكم قاضى الموضوع ـ بشأن وجوده وبشأن تطبيقه على السواء ـ لرقابة محكمة النقض ، لأنه ليس الا قاعدة قانونية ، فيكون لمحكمة النقض ـ وهى الرقيبة على صحة تطبيق القانون ـ حق التثبت من وجود أو عدم وجود العرف حين يكون وجوده محل

---

(١) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit. No. 118.

(٢) فى هذا المعنى :
مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٢٣ ٠

(٣) فى هذا المعنى :
حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، النقض فى المواد المدنية والتجارية ، ١٩٣٧ ، فقرة ١٧ ص ٨٥ و ٨٦ ٠

منازعة ، وحق التثبت كذلك من صحة تطبيق قاضي الموضوع اياه حين يكون وجوده بمنأى عن الخلاف ·

واذا كان هذا المبدأ يبدو سليما نظرا لما قدمناه من اعتبار العرف مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، الا أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء من المنازعة فيه · فقضت محكمة النقض الفرنسية بعكسه منذ قديم ، وشايعها في قضائها جمهور الفقهاء الفرنسيين في القرن الماضي ، بحيث غدا مستقرا حينئذ أنه ، فيما عدا الحالات التي تحيل فيها نصوص التشريع صراحة على العرف ، ليس ثم رقابة لمحكمة النقض على قضاة الموضوع فيما يقضون به من وجود العرف أو من تطبيقه(١) ·

ولكن تطرف هذا الرأي وعدم استقامته مع منطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون ، لم يلبث أن حدا بكثير من الفقهاء الى الحد من اطلاقه ، فذهبوا الى اعطاء محكمة النقض سلطة الرقابة على تطبيق العرف ، دون سلطة الرقابة على وجوده التي تظل متروكة لقضاة الموضوع دون معقب(٢) ·

واذا كان هذا الرأي يستجيب استجابة صحيحة لمنطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون فيما يوجبه من اخضاع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، الا أنه لا يستجيب لهذا المنطق استجابة كاملة حيث لا يزال يترك لقضاة الموضوع السلطة النهائية في التثبت من وجود العرف · ولا تنهض الحجج المقدمة في هذا الشأن لتبرير النظر الى وجود العرف نظرة مختلفة عن تطبيقه(٣) ، فالتسليم باعطاء محكمة النقض حق الرقابة على صحة تطبيق

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 179, pp. 200, 201.

(٢) راجع في الاشارة الى هذا الرأي في القانون الفرنسي ·
Gény, op. cit., t. II, No. 179, p. 201.
وانظر في الأخذ به في القانون المصري :
حامد فهمي ومحمد حامد فهمي ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ ص ٨٦ و ٨٧ · - عبد المنعم فرج الصده ، الاثبات في المواد المدنية ، فقرة ٢٤ ·

(٣) فمن ذلك ما يقال من أن التثبت من وجود العرف مسألة موضوعية لا مسألة قانونية ، مما يوجب أن يستأثر بها نهائيا قاضيها الأصيل أي قاضي الموضوع · ولكن القواعد العرفية =

العرف ، يقتضي منطقا وبداهة وجوب تحققها أولا من وجود هذا العرف الذي تعرض لرقابة صحة تطبيقه .

وبذلك نستطيع أن نؤكد ما استخلصناه من حق محكمة النقض في بسط رقابتها على الأحكام القضائية فيما تقضي به من وجود العرف ومن تطبيقه على النزاع(١) .

٢ ـ أساس قوة العرف الملزمة

١٥٣ ـ اختلاف الفقه في أساس إلزام العرف

إذا اجتمع للعرف ركناه ، ركنه المادي من تواتر الناس على سنة معينة في المعاملة ، وركنه المعنوي من الاعتقاد في إلزام هذه السنة ، خرجت عنه قاعدة قانونية ملزمة هي القاعدة العرفية . بقي أن نتساءل عن أساس قوة العرف الملزمة أو عن الأساس الذي يجعل من العرف مصدرا ملزما أو مصدرا

= كي تصبح قواعد قانونية ، كالقواعد التشريعية سواء بسواء . ومن ثم لا تختلف في سلطة محكمة النقض في التثبت من وجود قواعد التشريع التي يقضي بها قضاة الموضوع . ولكن قد يكون الجدل قد ثار في شأن القواعد العرفية التي تنشأ عنها أو تكون قواعد قانونية . فهذا قد يبدو من ذلك ما قد يتطلبه التثبت من وجود القواعد العرفية من فحص دقيق للوقائع لا يتطلبه التثبت من وجود القواعد التشريعية .

ومن المغالطة أن يقال إن محكمة النقض تنزلق إلى بحث الوقائع وهو ليس من عملها . فإنه إذا كان من الطبيعي أن يمتنع على محكمة النقض ـ وهي ليست محكمة وقائع ـ بسط رقابتها على وقائع الدعوى أي على الوقائع التي تكون محلا لإعمال القواعد القانونية ، فليس يمتنع عليها ـ بل يكون من واجبها ـ التثبت من الوقائع المكونة للقواعد القانونية التي يناط بها أمر الرقابة على صحة تطبيقها ، فمسئوليتها عن رقابة تطبيق القانون ، تقتضيها حتما التثبت من وجوده باعتبار ذلك مسألة أولية لازمة . حتى ولو كان من شأن هذا التثبت التعرض لوقائع مولدة للقانون ، ويستوي في ذلك أن يكون العرف أو التشريع هو مصدره .

وانظر في ذلك على مختلفة ما يقال من حجج أخرى : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٤٥ و ٧٤٦ .

(١) أنظر في الأخذ بهذا الرأي في القانون المصري خاصة :
عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، ص ٤٣ (الهامش ١) . ـ عبد الباسط جميعي ، نظام الإثبات في القانون المصري ، ص ٨٦ و ٨٧ . ـ محسن الخطيب ، [illegible] ، الجزء الأول ، ١٩٥٩ ، فقرة ٣٠ ـ مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٤٣ .

رسميا للقواعد القانونية ، وفى هذا الصدد نجد نظريات مختلفة نعرض لها ولمناقشتها فيما يلى :

١٥٤ ـ تأسيس الزام العرف على ارادة المشرع الضمنية

أول ما تصادف فى هذا الشأن نظرية قديمة(١) ، تكاد تكون مهجورة اليوم فى الفقه ، تذهب الى أن مبعث الزام العرف هو قيام الدولة على كفالة احترامه بقوتها المادية ، بمعنى أن العرف يجد أساس قوته الملزمة فى رضا المشرع عنه وفى قيامه على تطبيقه ، فيعتبر بذلك مجرد ارادة ضمنية له كما يعتبر التشريع ارادته الصريحة ٠

وواضح أن مثل هذه النظرية انما تقوم على أساس المذهب الشكلى فى تصوير القانون ٠ فقد كان من شأن هذا المذهب اعتبار القانون وليد ارادة الدولة ومشيئتها ، بحيث لا يتصور وجود القانون دون استناد الى هذه الارادة أو المشيئة ٠ ومن هنا ، لم يجد الفقهاء الشكليون مفرا ـ أمام ما يوجد من قواعد قانونية ملزمة يجرى بها العرف فى الجماعة ـ من محاولة استناد هذه القواعد الى ارادة الدولة أو المشرع حتى يستقيم منطقهم من انكار صفة القواعد القانونية على كل قاعدة لا تخرج من هذه الارادة ٠ ولذلك كان طبيعيا ، حتى يعترفوا للقواعد العرفية بوصف القواعد القانونية ، أن يعتبروها ارادة ضمنية للمشرع ، اذ ما دام المشرع لا يعترض على العرف المتكون فى الجماعة بل يقوم على تطبيقه والزام الأفراد باحترامه ، فمعنى ذلك أن ارادته تنصرف ضمنا الى اقرار هذا العرف ٠

ويكفى لرفض هذه النظرية ما قدمناه فى تفنيد المذهب الشكلى الذى تخرج منه(٢) ٠ ويعزز هذا الرفض ـ بالاضافة الى فساد تصوير القانون الذى تقوم هذه النظرية على أساسه ـ أنها تخالف الثابت المسلم من أن العرف كان أسبق فى الوجود تاريخيا من التشريع ، مما يثبت أنه مصدر

---

(١) انظر خاصة فى الاشارة الى هذه النظرية :
Gény, op. cit., t. I, No. 114. ـ Lebrun, thèse précitée, Nos. 146-149.

(٢) راجع ، سابقا ، فقرة ٤٧ ٠

مستقل عنه متصور وجوده دون اقرار المشرع له أو رضاه عنه • وبذلك يظهر عجز هذه النظرية عن تبرير قوة العرف الملزمة فى الجماعات البدائية التى لم تكن قد عرفت المشرع بعد(١) •

ومن هنا ، نستطيع القول بأن العرف لا تقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه فتقره بذلك ضمنيا ، وانما ـ كما سنرى ـ على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة • فالعرف اذن لا يكون ملزما لأن الدولة تقره وتطبقه ، وانما تقوم الدولة بتطبيقه لأنه ملزم بذاته من قبل •

١٥٥ ـ تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى »

يستند هذا التأسيس الى تصوير المذهب التاريخى للقانون(٢) ، القائم على أن القانون ينشأ ويتطور آليا نتيجة ما يتفاعل فى ضمير الجماعة من عوامل مختلفة ، مما حدا به الى تفضيل العرف على التشريع باعتبار العرف وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن « الضمير الجماعى » الذى يخرج منه القانون ، بينما التشريع هو وسيلة هذا التعبير غير المباشرة • وبذلك انتهى المذهب التاريخى الى أن يسند قوة الزام العرف الى « الضمير الجماعى »(٣) ، وأن يحل هذا الضمير ـ فى تأسيس هذه القوة ـ محل « ارادة المشرع » التى كان يتمسك بها المذهب الشكلى(٤) •

وليس من شك فيما كان للمذهب التاريخى من فضل ـ من هذه الناحية ـ فى ابراز أهمية العرف كمصدر للقانون(٥) ، وكمصدر سابق فى الوجود على التشريع وهو ما أغفلته النظرية السابقة • ولكن الحكم على نظرته الى أساس قوة العرف الملزمة يرتبط بنظرته الى تكوين القانون ، وقد أظهرنا

---

(١) Lebrun, thèse précitée, No. 160.
(٢) راجع سابقا ، فقرة ٦٥ •
(٣) Gény, op. cit., No. 115, p. 241.
(٤) Lebrun, thèse précitée, No. 165.
(٥) Lebrun, thèse précitée, No. 166.
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٥ •

من قبل ما فى هذه النظرة من مغالاة وقصور(١) • فضلا عن أن تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى » لا يفيد أو يقدم كثيرا ، نظرا لما يحيط فكرة « الضمير الجماعى » من غموض وابهام يجعل وجود هذا الضمير محلا للشك(٢) •

١٥٦ — تأسيس الزام العرف على أحكام القضاء

(١) عرض نظرية الأساس القضائى لالزام العرف : وثم نظرية أخرى تذهب الى أن أساس قوة العرف هو قضاء المحاكم بتطبيقه ، اذ ترى أن الزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه ، وانما ينشئه القضاء انشاء ويطبقه فيما يرفع اليه من منازعات • أى أن العرف لا يتكون الا بعد حكم المحاكم به ، فالقضاء هو الذى يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية •

وتجد هذه النظرية أنصارا كثيرين ، ليس فقط فى القانون الانجليزى حيث قد تلتمس تأييدا لها فى نظام السوابق القضائية المقرر فى هذا القانون . بل كذلك لدى بعض الفقهاء الفرنسيين رغم خلو القانون الفرنسى من نظام السوابق القضائية •

وأبرز الفقهاء الفرنسيين المؤمنين بهذه النظرية والداعين لها لامبير **Lambert** (٣) • فهذا الفقيه يستقرىء التاريخ ، ليخلص الى أن العرف فى الجماعات البدائية لم يخرج — خلافا للشائع — من العادة الشعبية **L'usage populaire** وانما خرج من أحكام الكهنة القضاة **Les prêtres - Juges** الذين كانوا يستمدون سلطتهم فى القضاء من صفتهم الدينية ، نظرا لاختلاط القانون بالدين حينئذ • ولم يتغير الحال من بعد ، حين أصبح القضاة مدنيين

---

(١) أنظر سابقا . فقرة ٦٦ •

(٢) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit., t. I, No. 115, p. 344. — Lebrun, thèse précitée, No. 168.

(٣) Lambert, La fonction du droit civil comparé, t. I, 1903.

وانظر كذلك فى عرض نظرية هذا الفقيه :
Waline, op. cit., Nos. 158 - 167, pp. 274 - 283 — Lebrun, thèse précitée, Nos. 184 - 190.

يستمدون سلطانهم فى القضاء من الدولة لا من الدين · فاجتماع الجماعة على قاعدة قانونية(عرفية) لا يكون اذن تلقائيا ، اذ مصالح الأفراد مختلفة ، والنظرة عندهم الى ما يجب من قواعد لحكم علاقاتهم لا بد بالتالى وان تكون متباينة ، ولا ينحسم الأمر الا بتدخل سلطة اجتماعية هى السلطة القضائية· فاذا اطردت أحكام هذه السلطة واستقرت على القواعد الواجبة ، كان قولها القول الفصل الذى ينزل الجميع عند حكمه ، سواء كان ذلك عن اقتناع أو عن تسليم ، أمام ما لهذا القضاء المستقر من حجية ملزمة · وبذلك لا يأتى اجتماع الأفراد وتضافرهم على العمل بهذه القواعد الا لاحقا لحكم القضاء بها واستقراره عليها · ولا ينفى هذا التصوير أن القضاء لا يتحكم فى فرض هذه القواعد المسماة بالقواعد العرفية ، وانما يستلهم فى فرضها الاتجاهات والأفكار السائدة فى الجماعة حينئذ ، اذ يبقى له وحده سلطة اعطاء وصف القواعد القانونية لما يوجد فى الجماعة من عادات مختلفة مبهمة مجردة من القيمة القانونية(١) · فاذا كان للجماعة دور اذن فى شأن هذه القواعد ، فهو ليس على أى حال دور الخالق السابق ، وانما هو دور المنضم اللاحق ·

(٢) مناقشة ورفض نظرية الأساس القضائى لالزام العرف : ولكن هذه النظرية بدورها غير سليمة · فليس ثم ما يقطع تاريخيا بأن العرف قد استمد الزامه من أحكام القضاء به كما تدعى هذه النظرية · بل يبدو من المسلم أن بعض القواعد العرفية — على الأقل — قد تكون كقواعد قانونية ملزمة من قبل تدخل القضاء(٢) ، أو حتى دون حاجة الى هذا التدخل(٣) كما هو الشأن فى بعض قواعد العرف المهنى(٤) ·

فضلا عن أن النظر الى القضاء باعتبار أن وظيفته هى تطبيق القانون ، تفترض نشوء القانون بمعزل عن القضاء ومن قبل تدخله لكى يستطيع من

---

(١) Waline, op. cit., No. 157, pp. 282, 283.

(٢) Lebrun, thèse précitée, No. 197. — Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 204.

(٣) Waline, op. cit., No. 163.

(٤) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114.

بعد القيام بوظيفته في تطبيقه ، وليس من الطبيعي كذلك أن يكون ما يستند اليه القضاة ويطبقونه في منـازعات الأفراد هـو ما يضـعونه بأنفسهم من قواعد(١) ٠

فالقضاء اذن لا ينشيء العرف ، لأن العرف انما ينشأ في الجماعة وتقوم العقيدة في الزامه في أذهان الناس ، ثم يجرون على اتباعه من قبل أن يرفع الأمر الى القضاء ٠ فاذا رفع الأمر الى القضاء وحكم بالعرف ، فهو انما يحكم بقاعدة قانونية موجودة أصلا ، كما يفعل حين يحكم بقاعدة تشريعية ثابتة بنص من النصوص المدونة ٠ أي أن القضاء لا ينشيء العرف أو يخلقه بحكمه به ، وانما هو يكشف عن وجوده كقاعدة قانونية ملزمة ٠ ومتى كان العرف موجودا ، أصبح القضاء ملزما بتطبيقه ، اذ يجد نفسه أمام قاعـدة قانونية ملزمة ، ووظيفته هي تطبيق القانون ٠ ومن هنا فليس صحيحا القول بأن العرف يوجد لأن المحاكم تطبقه ، بل الصحيح هو القول بأن المحاكم تطبقه لأنه موجود ٠ وبذلك لا يكون الزام العرف هو المؤسس على حكم القضاء به ، وانما يكون هذا الحكم هو المؤسس على الزام العرف ٠

(٣) دور القضاء في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمـة :
اذا كان جمهور الفقهاء(٢) يتفقون على رفض هذه النظرية لما قدمنا من أسباب ، ولا يعترفون للقضاء بالقدرة على خلق العرف بحيث يقتصر على مجرد اظهاره والكشف عنه ، فان دور القضاء من هذه الناحية لا يزال ـ رغم ذلك ـ غير منكور في تحديد مضمون العرف وفي تعزيز قوته الملزمة على السواء ٠

فالعرف ـ كما سبق البيان ـ يعوزه غالبا الوضوح والتحديد لأنه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة ملزمة ٠ فاذا طلب الى القضاء تطبيقه ، أتيحت الفرصـة لازالة الغموض والابهام عنه ، اذ يتوفر القضاء على تمحيص حقيقة العرف للوصول الى استقصاء معناه الحقيقي كما

---

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 266.

(٢) Waline, op. cit., Nos. 162-165. — Gény, op. cit., t. I, No. 116, p. 366; t. II, No. 192. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114.

يوجد فى الجماعة والحكم طبقا لهذا المعنى ، فكأن القضاء اذن يعين على ضبط معنى العرف وتحديده ·

وكذلك فللقضاء دور كبير فى تدعيم قوة الزام العرف ، فلئن كانت هذه القوة كامنة فى عقيدة الأفراد بحيث لا يخلقها القضاء ، الا أنها تجد التطبيق العملى لها على يد القضاء ، مما يزيد فى تأكيدها وتدعيمها واقبال الأفراد على احترام العرف(١) ·

١٥٧ ــ قوة الزام العرف الذاتية

فالثابت اذن أن العرف لا يستمد قوته الملزمة ، لا من المشرع الذى يرضى عنه أو الدولة التى ترصد قوتها على كفالة احترام أحكامه ، ولا من الضمير الجماعى ، ولا من القضاء الذى يحكم بقواعده · وانما للعرف ــ كما يتجه الفقه الحديث ــ قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التى تفرضه وتحتم وجوده(٢) حين لا يوجد تشريع كما فى الجماعات البدائية ، أو حين يكون التشريع ناقصا ــ والنقص فيه طبيعى وفطرى ــ كما فى الجماعات الحديثة · فالواقع أن العرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة فى حكم السلوك فيها ، وفى التصدى لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه ·

وفضلا عن ذلك فقد يسهم فى اعطاء العرف قوة ملزمة ذاتية اعتبارات كثيرة منها ما للقديم من التقاليد من حرمة وهيبة فى النفوس ورهبة غريزية من مخالفتها ، وما تقتضيه حاجة الأمن والاستقرار فى المعاملات من تطبيق السنة التى جرى الناس على اتباعها زمنا طويلا باعتبارها سنة ملزمة ، وما فى العرف ــ وهو الذى يتبعه الناس عامة ، من يستفيدون منه ومن يضارون

---

(١) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, ibid.

(٢) **Gény, op. cit., I, No. 116, p. 345 — Lebrun, thèse précitée, No. 212. — Roubier, op. cit. No. 1, p. 9.**

به على السواء - من قرينة على تحقيق العدل واقامة التوازن بين المصالح الفردية المتعارضة(١) .

٣ - مكان العرف بين المصادر الرسميه للقانون

١٥٨ - مقام العرف في القانون الحديث

قلنا ان العرف كان أقدم المصادر الرسمية للقانون وجودا ، وظلت له الغلبة والهيمنة على بقية المصادر الأخرى التي ما لبثت أن ظهرت الى جواره . ثم انتشرت المدنية وتعقدت حاجات الجماعات ومطالبها ، مما عجز معه العرف عن الاحتفاظ بمركزه الأسمى بين المصادر الرسمية ، فتخلى عنه . واحتله التشريع بد لا منه فاصبح اليوم - في أغلب الدول الحديثة - هو أول مصادر القانون الرسمية وأهمها . ولم تبق للعرف اليوم من أهمية تفوق أهمية التشريع الا في بعض دول محدودة ولظروف خاصة بها .

وفي أغلب الدول حيث يعظم نصيب التشريع من الانتاج القانوني ، تستحيل مسايرة المذهب التاريخي في منطقه من تقديم العرف عليه في المرتبة وتمكينه من مخالفته أو الغائه ، باعتبار أن العرف هو تعبير مباشر عن ضمير الجماعة والتشريع مجرد تعبير غير مباشر عنه ، فمثل هذا النظر يتنافى مع المذهب الاجتماعي - السائد في العصر الحديث - بما دفع اليه من تدخل الدولة وهيمنتها على كافة الروابط والعلاقات الاجتماعية .

فضلا عن أن طبيعة العرف نفسه تجعله أضعف من التشريع ، فهو مصدر انتاجه القانوني بطيء لا يسعف الجماعات الحديثة في الاستجابة لحاجاتها الدائمة التجدد بالسرعة الواجبة . وقواعده ينقصها الوضوح والتحديد . مما يتعذر معه تحقيق النظام والأمن والاستقرار في المعاملات . وتكوينه الذاتي دون ارادة واعية بصيرة تقوم على صياغته ووضعه ، لا يؤمن معه اسرافه أو شططه أو انعدام التناسق بين قواعده . فمن هذه النواحي

---

(١) Gény op. cit. t. 1. No. 116. pp. 345. 346.

تظهر أفضلية التشريع على العرف ، اذ تجتمع له - بما يقوم على وضعه من هيئات مختصة - سرعة الانتاج القانوني ، ودقة الصياغة والتحديد بما يكفل استقرار المعاملات ، وحسن التناسق بين قواعده •

١٥٩ - تقدم مرتبة التشريع على العرف في القانون المصري

وأيا ما كان الامر ، فلا خلاف في القانون المصري على تقدم مرتبة التشريع على العرف ، اذ ينص المشرع المصري صراحة على وضع التشريع في المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية ، ومن بعده يأتي العرف لاكمال ما قد يقوم بالتشريع من نقص ، مما يجعل العرف مصدرا رسميا تكميليا للمصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع • فالمادة الأولى من التقنين المدني المصري الحالي - بعد أن تحيل القاضي أولا الى نصوص التشريع في فقرتها الأولى - تعود في فقرتها الثانية فتعدد المصادر الأخرى التي يلتمس فيها القاضي القواعد القانونية ان أعوزه النص ، وتجعل العرف في مقدمة هذه المصادر ، اذ تقول « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف •• » •

والعرف على هذا النحو يعتبر في القانون المصري مصدرا رسميا تكميليا ، يلجأ اليه في حال نقص نصوص التشريع لاكمال هذا النقص •

١٦٠ - نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع

ينبني بداهة على تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع في القانون المصري أن العرف لا يملك كقاعدة عامة الغاء التشريع أو مخالفته ، وان كان التشريع - على العكس من ذلك - يملك مخالفة العرف والغاءه • وهذه النتيجة المنطقية لتدرج المرتبة بين التشريع والعرف ، تستخلص كذلك من نص المادة الثانية من التقنين المدني على أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق •• » فغني عن البيان - كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي لهذا التقنين في هذا الشأن - « ان النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي

بمقتضى عرف لاحق »(١) · واذا كان واضحا عدم قدرة العرف على الغاء التشريع ، فعدم قدرة العرف على مخالفة التشريع أمر يحتاج الى تفصيل ويقتضى التمييز بين التشريع الآمر والتشريع المكمل ·

(١) عدم قدرة العرف على مخالفة أو الغاء نصوص التشريع الآمرة :

الثابت اذن أن العرف ـ كمبدأ عام ـ لا يملك مخالفة التشريع أو الغاءه · وهذا المبدأ ـ فيما نرى ـ مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة ، ما يحمى منها مصالح خاصة ، وما يحمى منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء · فلا نقر ما يراه بعض الفقهاء(٢) من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة لأن مثل هذه النصوص لا تقل عن النصوص الآمرة الأخرى تعلقا بالنظام العام فلا يجوز الترخص فى مخالفتها أو الغائها الا بنصوص تشريعية آمرة كذلك ·

أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة للنصوص التشريعية الآمرة(٣) فنقول لا يمكن التسليم به على اطلاقه · اذ لا يمكن بحال من الأحوال ـ والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف ـ تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الآمرة ، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص ·

انما كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن ، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمرة ، اذ الواقع أنه ليس فى ذلك اهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليب للعرف على التشريع · ذلك أن الأمر لا يعدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى · والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه ، لأنه هو الأصل العام ، والقانون التجارى هو الحكم الخاص ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج١ ، ص ١٩٦ ·

(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٨٠ ، ص ٩٣ ، وفقرة ١٦٧ ، ص ٢١٨ ، هامش «١» ـ سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ ·

(٣) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، الموضع السابق ·

فحيث لا توجد قواعد خاصة في المسائل التجارية ، لا يبقى مناص من الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في المعاملات الخاصة للأفراد . ووجود عرف تجاري معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أي قاعدة خاصة . فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية وهي قواعد عامة في هذا الشأن . وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجاري وبين نصوص القانون المدني ، اذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده في مجاله التجاري الخاص دون النصوص المدنية العامة(١) .

فاذا وجد عرف تجاري ، فلا تقاس مرتبته اذن الى القانون المدني - اذ لا محل لتطبيق القانون المدني وهو القاعدة العامة عند وجود العرف التجاري وهو القاعدة الخاصة - وانما تقاس مرتبته فقط الى القانون التجاري ، وتظل متأخرة عن نصوصه الآمرة - كما هو المبدأ العام - بحيث لا يجوز له مخالفتها أو الغاؤها(٢) .

وعلى أي حال فالمشرع المصري يصرح في نصوص مختلفة من التقنين المدني بتغليب العرف التجاري - في المجال التجاري - على النص المدني الآمر . فمن ذلك نصه على عدم اتباع الحكم الذي يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص من الاصيل اذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة (م ١٠٨) ، وعلى أن حظر تقاضي فوائد على متجمد الفوائد أو مجاوزة مجموع

---

(١) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 129, p. 413. — Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, No. 48.

كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٥٧ - ٣٥٩ - مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢ ، ص ٣٧ و ٣٨ .

وانظر عكس ذلك : محسن شفيق ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، فقرة ٣١ . - أكثم الخولي . قانون التجارة اللبناني المقارن ، بيروت ، ١٩٦٦ ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٧ .

(٢) ولذلك لا نقر ما يذهب اليه بعض الفقهاء (سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢) من تجويز مخالفة العرف التجاري نصوص القانون التجاري الآمرة (غير المتصلة بمصالح الدولة الأساسية) ، وقياسهم على ذلك العرف المدني للقول بامكان مخالفته كذلك نصوص القانون المدني الآمرة المماثلة . فهذا الرأي يتعارض مع صريح نصوص القانون المصري (انظر كذلك في انتقاد هذا الرأي : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ هامش «١») .

القواعد وأصبح السؤال ، يكون ، عند الاخلال بالعرف والعادات التجارية ، (م ٢٣٢) . وتقطع هذه النصوص - والعرف التجارى الغالب بمقتضاها يحسم موطن التعارض بينه وبين النصوص المدنية الآمرة - بأن صفة التغليب هو المبدأ المسلم الذى يسلم به نص المشرع(١) والذى وقفنا على سلامته الأصولية من قبل .

والخلاصة أن تطبيق مبدأ عدم قدرة العرف على مخالفة نصوص التشريع الآمرة مرهون باتحاد مجال الولاية والاختصاص بين العرف والتشريع ، إذ حينئذ يلزم تقرير أولوية التشريع على العرف . أما حيث يختلف المجال بينهما فلا يكون التطبيق إلا لصاحب الاختصاص الأصيل بينهما ولو كان هو العرف . ولا يكون استبعاد التشريع حينئذ إنكارا لقوته وتقدم مرتبته على العرف وإنما تقريرا لعدم اختصاصه .

(٢) قدرة العرف على مخالفة النصوص المكملة دون الآمرة :

إذا كان العرف لا يملك مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع الآمرة ، فهو يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة لإرادة المتعاقدين(٢) . إذ هي نصوص يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لها في الجماعة . ولذلك نرى المشرع يعنى بالتنبيه في كثير من النصوص المكملة إلى أن هذه النصوص لا تسرى إذا وجد عرف مخالف لها . ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ من التقنين المدنى من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وما تنص عليه المادة ٤٦٤ من أن « نفقات تسلم

(١) انظر عكس ذلك :
حسن الذنون ، المرجع السابق ، فقرة ٨٥ ، ص ٦٧ .
(٢) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit., t. 2, No. [illegible], p. [illegible].
سليمان مرقس ، فقرة ١٠٩ . — مصطفى كمال طه ، فقرة ٣٣ .
عكس ذلك :
عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، ١٩٦٥ ، بيروت ، فقرة ١٧٧ ، ص ١٩٦-١٩٧ .

المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وغنى عن البيان أن العرف اذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة ، فلا تحمل هذه المخالفة معنى الغاء تلك النصوص . فقيام عرف مخالف لتلك النصوص انما يحمل محمل اتفاق الأفراد وتراضيهم على خلافها(١) ، فلا يكون له من الأثر الا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد الى الغائها(٢)، اذ العرف — كما قلنا — لا يملك الغاء التشريع باعتباره أدنى مرتبة منه .

٤ — نصيب العرف فى فروع القانون المختلفة

اذا كان مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون يأتى بعد التشريع مباشرة ، فان نصيبه — كمصدر رسمى تكميلى للتشريع — يتفاوت بتفاوت فروع القانون .

١٦١ — القانون التجارى

العرف أخصب ما يكون فى نطاق القانون التجارى ، حيث النصوص التشريعية ليست وفيرة أو كافية لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة المتطورة ، أو حيث تتنحى النصوص التجارية قصدا عن تناول بعض المسائل تاركة اياها للعرف . ومن أمثلة قواعد العرف التجارى القديمة افتراض التضامن بين المدينين ، فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ، وهذا العرف التجارى يخالف المقرر فى المعاملات المدنية من أن التضامن لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) . ومن أمثلة العرف التجارى كذلك وخاصة فى شأن الحساب الجارى جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وتجاوز مجموع

---

(١) ولكن يراعى أن ليس هذا هو المجال الخاص للعرف ، وانما هو مجال العادات الاتفاقية.
أنظر : Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401; No. 132, pp. 426, 427.
وأنظر سابقا ، هامش «١» ، ص ٢٧٧ .

(٢) فى هذا المعنى :
عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٥٨ .

الفوائد رأس المال ، وذلك خلافا للمقرر فى شأن المعاملات المدنية من حظر ذلك (م ٢٣٢ مدنى) • وكذلك من قواعد العرف التجارى قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية حسن النية ، وقاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى(١) •

١٦٢ ـ القانون المدنى

ليس للعرف نصيب وافر فى القانون المدنى ، وان تكن النصوص التشريعية تحيل عليه أحيانا • ومن أمثلة العرف فى العلاقات المدنية القرينة العرفية فى مصر على اعتبار أثاث المسكن ملكا للزوجة المسلمة ، وهى مؤسسة على الغالب فى العمل من أن تجهيز مسكن الزوجية بالاثاث انما تتكفل به الزوجة المسلمة أو أهلها ، ولكن هذه القرينة العرفية مجرد قرينة بسيطة يجوز اقامة الدليل على عكسها • وكذلك ما يزال العرف يجرى فى مصر على أن المرأة تظل تحتفظ بلقب أسرتها بعد الزواج ، دون أن تكتسب حتى استعمال لقب الزوج • بينما يجرى العرف فى كثير من الدول الغربية وخاصة فى فرنسا ، على اكتساب الزوجة ـ الى جوار لقبها الأصلى ـ لقب الزوج بمجرد الزواج(٢) •

١٦٣ ـ القانون الدستورى

ليس حظ العرف بالضئيل فى نطاق القانون الدستورى(٣) • فبعض الفقهاء فى مصر كانوا يبررون حق السلطة التنفيذية فى اصدار لوائح الضبط والبوليس فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ بوجود عرف يخولها ذلك(٤) •

---

(١) راجع فى قواعد العرف التجارى .
مصطفى كمال طه ، ص ٣٨ •

(٢) J. Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 55, pp. 187-189.

(٣) راجع فى العرف الدستورى وأنواعه وقوته :
عبد الحميد متولى ، المفصل فى القانون الدستورى ، ص ١٨٥ ـ ٢٠٢ • ـ سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ١٩٥٤ • ص ٨٣ ـ ١٠٦ •

(٤) أنظر سابقا ، فقرة ١٣٠ ص ٢٤١ ـ ٢٤٢ •

١٦٤ ــ قانون العقوبات

أما قانون العقوبات ، فليس للعرف فيه ــ بوصفه مصــدرا رسميا ــ أدنى نصيب ، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات(١)· فثم قاعدة أساسية فى قانون العقوبات تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » · وتحرص الدســاتير عادة على النص عليهــا صراحة ــ كالدساتير المصرية المتعاقبة ــ تأكيدا وكفالة للحريات الفردية · وعلى ذلك فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه ، لا يكون أمام القاضى الا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء الى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب(٢) ·

ولكن اذا كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فانه حيث يوجد نص تشريعى بالعقاب على جريمة ، يكون الالتجاء الى العرف متصورا على سبيل الاستئناس بصفته معينا على تفسير النص(٣) وتحديد مضمونه أى بصفته مجرد مصدر تفسيرى ·

---

(١) فى هذا المعنى :
محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١٠٦ ·

(٢) فى هذا المعنى :
Seiitiro Ono, Les sources du droit pénal, Recueil d'études sur des sources du droit, en l'honneur de F. Gény, t. III, p. 279.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق ·

(٣) قضت محكمة النقض بأنه « لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله ، لأن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطريق دائما » · واستطردت فقررت أن « مخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات التى تنص على أنه لا يجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » · نقض ٦ أبريل ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ، رقم ١٢٣ ، ص ١٦٦ · ومن ذلك يتبين وجود نص تشريعى بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات ، وما كان رجوع محكمــة النقض الى العرف الا لتفسير هذا النص وتحديد الكيفية التى ينجم عن السوق بها خطر على حياة الجمهور أو ممتلكاته ، ذلك السوق الذى تعاقب عليه هذه اللائحة · ومن هنا لم يكن الرجوع الى العرف من جانب محكمة النقض رجوعا اليه بوصفه مصدرا رسميا منشئا لجريمة أو فارضا لعقوبة ، وانما كان بوصفه مجرد مصدر تفسيرى تستعين به على تفهم مضمــون النص التشريعى الموجود أصلا (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٣٦٢ ــ ٣٦٣) ·

الوجه الثانى

مبادىء الشريعة الاسلامية

١٦٥ - ادراج « مبادىء الشريعة الاسلامية » بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، باعتبارها المصدر الاحتياطى الثانى الذى يلى العرف

أشرنا من قبل الى أن الشريعة الاسلامية تعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والأحوال الشخصية • فهى الشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق بالنسبة الى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية ، فلا يخرج عن ولايتها العامة فى هذا الشأن الا بعض مسائل محدودة تدخل استثناء فى ولاية الشرائع الدينية الأخرى •

ولم يكن للشريعة الاسلامية اعتبار آخر بين المصادر الرسمية للقانون المصرى فيما وراء هذا النطاق • غير أن المشرع المصرى - وفاء منه بحق هذه الشريعة التى ظلت طوال قرون عديدة شريعة البلاد الأولى - انتهى الى اعتبارها فى التقنين المدنى الحالى ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية التى تكمل نقص التشريع ووضعها فى المرتبة الثانية من هذه المصادر بعد العرف(١) ، اذ قضى بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف • فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية •• » (م ٢/١) •

---

(١) رغم أن التقنين المدنى السورى أخذ عن التقنين المدنى المصرى اعتبار مبادىء الشريعة الاسلامية ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية ، الا أنه خالفه فى تحديد مكانها بين هذه المصادر اذ جعلها مقدمة على العرف لا تالية له (م ٢/١) • ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء السوريين الى أن ذلك لا يؤثر على قيمة العرف ومكانته كمصدر رسمى مباشر بعد التشريع ، لأن مبادىء الشريعة الاسلامية أصبحت من أعراف البلاد (أنظر : عدنان القوتلى ، الوجيز فى الحقوق المدنية ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦٠ ، متن وهامش «١» ص ٢٢٦ و ٢٢٧ ، و ص ٢٤٥) • ولكن من الواضح ما فى هذا التخريج ، رغم مهارته ، من خروج على النص وعلى قصد المشرع السورى •

وعلى هذا النحو ، تعتبر الشريعة الاسلامية ـ فيما عدا النطاق المتروك أصلا لولاية الدين ـ مصدرا رسميا تكميليا يأتى فى المرتبة التالية للعرف ـ وذلك بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين على السواء ، بمعنى أنه عند عدم وجود نص فى التشريع يلجأ القاضى أولا الى العرف ، فان لم يجد لجــأ بعد ذلك الى مبادىء الشريعة الاسلامية(١) . والمقصود بذلك هو مبادىء هذه الشريعة وأصولها الكلية وحدها التى لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب ، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التى تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء(٢) ، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعــارض مبــادىء الشريعة الاسلامية المأخوذ بها مع المبادىء العامة الأساسية للقــانون المصرى الوضعى الحالى(٣) لضمان تجانس أحكامه على اختــلاف مصــادرها وامتناع تنافرها(٤) .

---

(١) فالرجوع الى مبادىء الشريعة الاسلامية مرهون بعدم وجود نص فى التشريع أو قاعدة فى العرف . لذلك انتقد بحق الرأى القائل (شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العينى ، فقرة ٩٢) باعتبار بيع ملك الغير عقدا موقوفا وفاقا لمبادىء الشريعة الاسلامية ، لوجود نص تشريعى صريح فى التقنين المدنى المصرى (م ٤٦٦) يجعل هذا البيع عقدا قابلا للابطال ، مما يتعين معه اعمال هذا النص دون رجوع الى العرف ولا الى مبادىء الشريعة الاسلامية من باب أولى (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الرابع - البيع والمقايضة ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨١) .

(٢) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى يقضى بأن يكون رجوع القاضى الى مبادىء الشريعة الاسلامية « دون تقيد بمذهب معين » . ولكن اعترض على ذلك فى لجنــة مجلس الشيوخ المؤلفة لبحث المشروع ، لما تستتبعه هذه العبارة من اضطراب فى الأحكـام لاختلاف المذاهب الاسلامية اختلافا بينا فيما بينها . وانتهت اللجنة الى حــذف هذه العبارة ، أخذا بأن المقصــود هو الرجوع الى المبادىء الكلية لهــذه الشريعة دون حلولها التفصيلية ، وهذه المبادىء الكلية لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الاسلامية (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج١ ، ص ١٩٠) .

(٣) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى المصرى يقضى بأن يكون رجوع القاضى الى مبادىء الشريعة الاسلامية « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون » . ولكن اعترض على ذلك بأن التعارض بين مبادىء الشريعة الاسلامية وبين نصوص القانون لن يحدث ، لأن الشريعة الاسلامية لن تطبق الا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها الا المبادىء العامة دون الحلــول التفصيلية . وانتهى الأمر الى حذف هذه العبارة ، لأن حكمها مفهوم فى حــدود فكرة الملاءمة (المرجع السابق ، ص ١٩١ و ١٩٢) .

(٤) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج١ ، ص ٤٩ .

واذا كان المشرع المصرى في التقنين المدني الحالي قد جعل من مبادىء الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا يجب على القاضي الرجوع اليه بعد العرف وقبل الالتجاء الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وكان ذلك حقيقا بايجاد مجال لتطبيق الشريعة الاسلامية(١) مما قد يكون له اثره في انهاض الفقه الاسلامي واحيائه(٢) ، بعد أن طال سباته منذ اقفال باب الاجتهاد ، فينبغي أن يراعى - رغم ذلك - أن الالتجاء الى الشريعة الاسلامية لن يتأتى في العمل الا نادرا • ذلك أن التشريع - وهو المصدر الرسمي الأول للقانون المصرى - قد غدا في العصر الحديث غزير الانتاج وسريعه على السواء ، مما لا يدع مجالا كبيرا للالتجاء الى العرف وهو المصدر الذى يليه في الترتيب مع أنه مصدر حي معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها ، وبالتالى ومن با بأولى لا يكاد يترك فرصة للمصدر الذى يلى العرف في المرتبة وهو مبادىء الشريعة الاسلامية ، وخاصة في وضعها الراهن الذى ثبتت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة اقفال باب الاجتهاد فيها • هذا فضلا عما قد يكون هناك من تعارض بين بعض مبادىء هذه الشريعة وبين المبادىء العامة للقانون الوضعي المصرى الحالي •

واذا كان دور « مبادىء الشريعة الاسلامية » باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا محدودا على هذا النحو ، فان دورها كمصدر تاريخي أو مادي يستقي منها المشرع المصرى أحكامه ، ما يزال دورا بارزا في بعض مسائل محدودة مثل الوقف والميراث والوصية وبعض مسائل الأحوال الشخصية والشفعة • غير أنه اعترافا بقدر الشريعة الاسلامية وفضلها ، زاد المشرع المصرى أخيرا

---

(١) من ذلك امكان الأخذ بمبادىء الشريعة الاسلامية في اعتبار التصرف الذى يعقده الوكيل مجاوزا في ذلك حدود وكالته تصرفا موقوفا ، اذ لا يوجد نص تشريعي يمنع من ذلك (عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج٤ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨١) • وكذلك الشأن في مجاوزة الولى بالمعنى الواسع حدود ولايته على مال عديمي الأهلية وناقصيها •

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج١ ، ص ٤٨ •

من مدي هذا الدور إذ نص دستور ١٩٧١ علي أن مبادىء الشريعة الاسلامية « مصدر رئيسي للتشريع »(م٢) . ثم أصبح هذا الدور أكثر بروزا بتعديل هذا النص بموجب الموافقة الشعبية علي الاستفتاء الذي أجري في ٢٢ مايو ١٩٨٠ ، بحيث أصبح النص يقضي بأن مبادىء الشريعة الاسلامية هي « المصدر الرئيسي للتشريع » . ومقتضي ذلك أن على المشرع أن يستلهم في المقام الأول مبادىء الشريعة الاسلامية فيما يسن من تشريعات في المستقبل(١) أي منذ نفاذ التعديل المذكور(٢) . والتشريعات التى تصدر مستوحاة من مبادىء الشريعة الاسلامية علي هذا النحو يكون

---

(١) ووجوب استلهام مبادىء الشريعة الاسلامية قيد فرضه الدستور على المشرع ، بحيث اذا خالفه بسن تشريع متعارض مع تلك المبادىء فانه يقع بذلك في محظور عدم الدستورية (في هذا المعني : المحكمة الدستورية العليا ٤ مايو ١٩٨٥ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج ٣ ، ص ٢٠٩ ـ ٢٢٤).

ولكن لاتكون مبادىء الشريعة الاسلامية واجبة الاستلهام ابتداء دون تدخل المشرع . فحيث لايسن المشرع تشريعا جديدا في مسألة ما « لا يملك القاضي احلال نفسه محله باستنباط قواعد قانونية جديدة مستوحاة أساساً من تلك المبادىء وتطبيقها علي النزاع المرفوع اليه ، وإلا أدي ذلك ـ كما تقول محكمة النقض ـ الي « الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية (الذى) يتأبي مع حدود ولايته » (نقض ٢٣ يناير ١٩٨٢ ، المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الاصدار المدنى ، العدد الثانى ، مجلد ٢ ، فقرة ٢٠١٤ ، ص ١٥٨٢ ـ ١٥٨٣).

(٢) أما التشريعات السابقة علي نفاذ هذا التعديل ، فلا يتأتي القول باعتبارها تلقائيا غير دستورية اذا كانت مخالفة أو متعارضة مع مبادىء الشريعة الاسلامية ، فرغم أن على المشرع واجب مراجعة تلك التشريعات بما يزيل عنها المخالفة أو المعارضة لتلك المبادىء ، إلا أن مسئوليته في حال التقصير في ذلك هي أساساً مسئولية سياسية لا تهدر مشروعية تلك التشريعات السابقة ولا وجوب استمرار تطبيقها الى حين تعديلها وتنقيتها (فى هذا المعنى : حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤ مايو ١٩٨٥ سالف الذكر) . ولذلك قضت المحكمة الدستورية العليا فى الحكم المذكور بأن الادعاء بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من التقنين المدني بخصوص فوائد التأخير تأسيسا على أنها فوائد ربوية محرمة شرعا طبقا لمبادىء الشريعة الاسلامية هو ادعاء في غير محله ، بالنظر الى أن المادة ٢٢٦ مدني المذكورة سابقة في الوجود على نص المادة الثانية من الدستور الذى قيد المشرع بوجود استلهام مبادىء الشريعة الاسلامية أساسا فيما يسن فى المستقبل من تشريعات ، وذلك أيا كان وجه الرأي في تعارض المادة ٢٢٦ مع تلك المبادىء.

وتجدر الاشارة ، علي أي حال ، الي أنه رغم أن النصوص التشريعية السابقة على نص المادة الثانية من الدستور يبقي لها كامل شرعيتها حتي ولو كانت متعارضة مع مبادىء الشريعة الاسلامية وذلك الى أن يتم الغاؤها أو تعديلها تشريعيا من بعد ، فان الالغاء أو التعديل قد يتحقق ضمنيا فى حال صدور تشريعات جديدة موافقة لمبادىء الشريعة الاسلامية تتعارض مع تلك التشريعات السابقة وذلك في حدود قواعد الالغاء المقررة (أنظر لاحقا ، فقرة ١٨٢).

التشريع هو المصدر الرسمي لأحكامها ، بينما تبقى مبادئ الشريعة الاسلامية هي مصدرها المادي (أو التاريخي) الرئيسي (١).

(١) في هذا المعنى :

الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، ص ٣٠١.

سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني الطبعة السادسة ، ١٩٨٧ ، فقرة ١٥٨ ، ص ٤٤٧.

وقارب :

سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٨٦ ، فقرة ٧٥ ، ص ٢٣٢.

الفرع الثاني

تطبيق القاعدة القانونية



١٦٦ ـ السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون

اذا تكونت القاعدة القانونية على التفصيل السابق بيانه ، فيبقى تطبيقها في العمل . والسلطة القضائية الممثلة فى المحاكم هى التى تختص بمثل هذا التطبيق . وتعنى الدساتير عادة بالنص خاصة على استقلال هذه السلطة ، بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، دون سلطان عليهم فى ذلك لغير القانون وضمائرهم .

وقد عرفت مصر نظام تعدد الجهات القضائية نظرا لظروف تاريخية وتقليدية معينة . فالظروف التاريخية التى ولدت الامتيازات الأجنبية فيها منذ تبعيتها للدولة العثمانية(١) ، جعلت أول الأمر مقاضاة الأجانب التابعين للدول ذات الامتياز طبقا لقوانين بلادهم وأمام محاكمهم القنصلية ، ثم أنشئت بعد ذلك « المحاكم المختلطة » سنة ١٨٧٥ للنظر فى المنازعات ذات الصالح الأجنبى . ورغم أن هذه المحاكم كانت تستند الى السيادة الوطنية للدولة وتحكم باسمها وتطبق قوانينها ، الا أنها كانت تمثل انتقاصا من الاستقلال الحقيقى للدولة ، وتعكس بذلك على الصعيد القضائى صورة الاحتلال الأجنبى على الصعيد السياسى . وكذلك فان الظروف التقليدية التى ولدت الامتيازات الطائفية(٢) للطوائف الدينية غير الاسلامية ، أوجدت الى

---

(١) أنظر فى تاريخ نظام الامتيازات الأجنبية وتطوره فى مصر :

حامد زكى ، أصول القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثالثة ، ١٩٤٤ ، فقرة ٤٠٨ وما بعدها . ـ محمد عبد المنعم رياض ، مبادىء القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، فقرة ٢٥٣ وما بعدها .

(٢) راجع فى أصل وتطور نظام الامتيازات الطائفية فى مصر :

Hassan Boghdadi, Origine et technique de la distinction des statuts personnel et réel en Egypte (Etude de droit comparé), Thèse, Le Caire, [illegible].

حسن بغدادى ، الاختصاص التشريعى والقضائى بالنسبة لمواريث غير المسلمين ووصاياهم ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، ص ٦١٣ وما بعدها .

جانب المحاكم العادية محاكم دينية تبعا لتعدد الأديان والمذاهب والملل الطائفية ، بكل ما يحمله ذلك من معنى الانقسام الطائفي بين الوطنيين أنفسهم في شأن مسائل الاحوال الشخصية بخاصة(١) ٠

وقد نجح المشرع المصرى في التخلص من هذا التعدد القضائي المعيب في الحالتين ٠ فتم له أولا الغاء المحاكم المختلطة منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩(٢) ٠ ثم استكمل أخيرا الشق الباقي ، فالغى المحاكم الشرعية والمجالس الملية والطائفية المتعددة وأحال اختصاصها الى المحاكم العادية ، بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ٠ وبذلك تم توحيد جهة القضاء العادى ، دون نظر الى اختلاف الجنسية أو الى اختلاف العقيدة الدينية(٣) ٠

غير أن المشرع المصرى ، بانشائه مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، خلق - الى جوار جهة القضاء العادى - جهة قضاء ادارى مستقلة تتخصص بالفصل في المنازعات الادارية ٠ ورغم ما يعنيه ذلك من ازدواج الجهة القضائية في الدولة ، الا أنه ازدواج مفهوم ومبرر لانبنائه على أسس موضوعية ، اذ تتميز المنازعات الادارية - عن بقية المنازعات الأخرى العادية - بطبيعة خاصة مستقلة تستدعى تخصيصها بجهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى ٠

والي جوار ذلك . أنشأ المشرع المصري في أواخر سنة ١٩٦٩ « المحكمة العليا » ، وأعطاها اختصاصات متعددة متباينة. ثم جاء الدستور المصري الجديد لسنة١٩٧١ مقررا انشاء « المحكمة الدستورية العليا» التى صدر بتنظيمها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وبذلك حلت هذه المحكمة محل المحكمة العليا.

---

(١) وذلك ليس فحسب فيما يتعلق بالمحاكم التى يتقاضون أمامها . بل وكذلك فيما يتعلق بالقواعد القانونية التى يخضعون لها اذ كان محتما أن تتعدد هذه القواعد وتختلف تبعا للتعدد والاختلاف الطائفى على ما سبق البيان ٠

(٢) كانت اتفاقية « منترو » المعقودة بين مصر والدول صاحبات الامتياز سنة ١٩٣٧ هى التى مهدت لالغاء الامتيازات فى مصر من الناحيتين التشريعية والقضائية ٠

(٣) صحب هذا التوحيد القضائى توحيد فى القانون المطبق بين الوطنيين والأجانب بالغاء التقنينات المختلطة المختلفة . ولكن ظل التعدد قائما - أمام المحاكم العادية صاحبة الاختصاص القضائى الوحيد اليوم - فى شأن القواعد القانونية التى تحكم بعض مسائل الأحوال الشخصية والتى تختلف باختلاف العقائد الدينية كما سبق البيان ٠

١٦٧ - جهة القضاء العادي

تعتبر هذه الجهة هي جهة القضاء ذات الولاية والاختصاص العام ، الذي يشمل في الأصـــل بالنسبة للجميع كل المســـائل والمنازعات ، فيما عدا المنازعات الادارية التي تختص بها المحاكم الادارية وفيما عدا ما يستثنى بنص خاص(١) . وفي أعلى السلم المتدرج لمحاكم هذه الجهة توجد محكمة النقض ، ومن تحتها تتدرج المحاكم نزولا الى محاكم الاستئناف والمحـــاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية .

(١) محكمة النقض : هي المحكمة التي تسهر على صحة تطبيق المحاكم العادية للقانون في مختلف المسائل جنـائية كانت أو غير جنائية . ولذلك فرقابتها لأحكام هذه المحاكم لا تنصرف الى ما تثبته هذه الأحكام من وقائع النزاع ، وانما الى كيفية تطبيق هذه الأحكام للقـــانون وانزاله على هـــذه الوقائع . فاذا رأت التطبيق سليما ، أيدت الحكم المطعون فيه أمامها وأبرمته. واذا رأته غير سليم . فالاصل - فيما عدا استثناءات قليلة - أن محكمـــة النقض تحيـــل النزاع الى دائرة أخرى في نفس درجة المحكمة الصادر عنهـــا الحكم المنقوض لتفصل فيه من جديد(٢) . وتصدر الأحكام من محكمة النقض من خمسة مستشارين(٣) .

(٢) محاكم الاستئناف : لهذه المحاكم صفتان : صفتها كمحاكم درجة أولى ، وصفتها كمحاكم درجـة ثانية . فبصفتها محاكم درجـة أولى ، تنظر ابتداء في قضايا الجنايات في الأصـــل ، وهي أخطر أنواع الجرائم ، ولذلك تعرف خاصة بهذه الصفة باسم محاكم الجنايات ، ولكنها قد تنظر كذلك في بعض الجنح الهامة التي يدخلها المشرع استثناء في اختصاصها مثل الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا المضرة بأفراد النـــاس . وبصفتها محاكم درجة ثانية ، تنظر في الطعون المقدمة في الأحكام الصـــادرة من محاكم الدرجة الأولى الأدنى منها في المرتبة في المنازعات التي تمثل نوعا من الأهمية طبقا لما يحدده القانون . وأيا كانت الصفة التي تنظر بمقتضاها محاكم الاستئناف في القضايا ، فان أحكامها تصدر من ثلاثة من المستشارين(٤) .

(١) م ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .
(٢) م ٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .
(٣) م ٢/٣ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .
(٤) م ٢/٦ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

(٣) المحاكم الابتدائية : تنظر هذه المحاكم بصفتها محاكم درجة أولى فى غير المسائل الجنائية فى القضايا كبيرة الأهمية التى تجاوز قيمتها النصاب المقرر لاختصاص المحاكم الجزئية ٠ وبالاضافة الى ذلك ، تقوم هذه المحاكم - سواء في المسائل الجنائية أو غير الجنائية - بدور محاكم الدرجة الثانية ، فتنظر فى الطعون المرفوعة اليها فى بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية ، وتصدر أحكام المحاكم الابتدائية من ثلاثة قضاة(١) ٠

(٤) المحاكم الجزئية : على خلاف الحال بالنسبة لدرجات المحاكم الأخرى السابقة ، تصدر الأحكام من المحاكم الجزئية من قاض واحد(٢) ٠ وتنظر هذه المحاكم - فى غير المسائل الجنائية - فى القضايا قليلة الأهمية التى لا تجاوز قيمتها نصابا معينا قدره خمسة آلاف جنيه (م٤٢ من قانون الاثبات ، معدله القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . ، أو في قضايا محدد تمحصورة يعينها القانون . أما في المسائل الجنائية ، فتختص بالنظر في « المخالفات » و « الجنح ».

١٦٨ - جهة القضاء الادارى

يمثل جهة القضاء الادارى فى مصر القسم القضائى فى مجلس الدولة الذى يشمل المحاكم الادارية بالمعنى الواسع والمحاكم التأديبية ٠ وأعلاها « المحكمة الادارية العليا » ، التى يكاد يماثل اختصاصها - بالنسبة للمحاكم الادارية الأخرى والمحاكم التأديبية - اختصاص محكمة النقض بالنسبة للمحاكم العادية(٣) ٠ وأدنى منها توجد « محكمة القضاء الادارى » ، و « المحاكم الادارية » بالمعنى الضيق ، و « المحاكم التأديبية » ٠

وقد كانت ولاية محاكم جهة القضاء الادارى مجرد ولاية خاصة قاصرة على ما تخضعه لها القوانين من مسائل محددة - تشمل مع ذلك أهم أنواع المنازعات الادارية - انتزاعا من الولاية القضائية العامة الثابتة أصلا لجهة القضاء العادى(٤) ٠ وكان هذا الوضع منتقدا ومتنافيا مع الغرض من انشاء جهة قضاء ادارى مستقلة ، مما حدا بالمشرع المصرى أخيرا الى جعل محاكم مجلس الدولة هى المحاكم ذات الولاية العامة فى شأن المنازعات الادارية(٥) ٠

---

(١) م ٤/٩ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر ٠

(٢) م ١٤ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر ٠

(٣) م ٢٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ٠

(٤) محمد فؤاد مهنا ، دروس القانون الادارى ، ج ٣ ، الرقابة القضائية على أعمال الادارة ١٩٥٧ ، ص ١٠٢ و ١٠٣ ٠

(٥) اذ أخرج قانون السلطة القضائية الجديد - رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ - من اختصاص

١٦٩ - المحكمة الدستورية العليا

سلفت الاشارة الى أن المشرع أنشأ المحكمة العليا بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ . وقد أعطاها ذلك القرار بقانون اختصاصات أربعة هي : رقابة دستورية القوانين ، وتفسير النصوص القانونية ، والفصل في تنازع الاختصاص والتنفيذ بين جهات القضاء وأحكامها ، والفصل في وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم فى منازعات الحكومة والقطاع العام والتصدى للفصل في تلك المنازعات فى حال أمرها بوقف التنفيذ (١).

ثم حلت المحكمة الدستورية العليا محل المحكمة العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ كما سلفت الاشارة ، وقد أبقي هذا القانون للمحكمة الدستورية العليا الاختصاصات الثلاثة الأولى التى كانت ثابتة للمحكمة العليا مع بعض التعديل ، وحجب عنها الاختصاص الرابع الذي كان مخولا للمحكمة العليا بشأن أحكام هيئات التحكيم فى منازعات الحكومة والقطاع العام. وقد سبق أن عرضنا للاختصاص الأول الخاص برقابة الدستورية (٢) ، فلا محل لتكراره في هذا المقام ، فنقتصر على عرض الاختصاصين الآخرين فيما يلى :

(١) الاختصاص بالتفسير : أعطي المشرع للمحكمة الدستورية العليا سلطة تفسير بعض النصوص القانونية بشروط وقيود معينة على النحو الآتى :

١ - لم يخول المشرع للمحكمة الدستورية العليا الاختصاص بالتفسير تصديا من جانبها ولا نتيجة خصومة أو دعوى مرفوعة أمامها ، وإنما بموجب طلب مقدم من وزير العدل « بناء علي طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية »(م ١/٣٣)، وهو مايكفل الجدية التامة لطلب التفسير.

المحاكم العادية المنازعات الادارية التى يختص بها مجلس الدولة (م١٥) ، ثم جاء قانون مجلس الدولة الجديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فعدد كثيرا من المنازعات الادارية التى تختص بها محاكم المجلس دون غيرها بنظرها ثم ختم بالنص على مد هذا الاختصاص الي « سائر المنازعات الادارية » (م ١٠ /١٤).

(١) انظر الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، فقرة ١٦٩ ، ص ٣٠٩ - ٣١٣

(٢) انظر سابقا ، ص ٢٥٧ ومابعدها.

٢ ـ لايشمل اختصاص المحكمة الدستورية العليا تفسير كل مراتب النصوص القانونية، بل يقتصر فحسب علي « تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور » (م ٢٦) ، فلا يمتد اختصاص هذه المحكمة الى تفسير نصوص الدستور (١) ولا الى تفسير الوقائع (٢).

٣ ـ يجب أن يكون هناك مبرر معقول لتفسير بعض النصوص القانونية الذى تختص به المحكمة الدستورية العليا ، وهو ما حدده المشرع بأن تكون النصوص المطلوب تفسيرها قد « أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية مايقتضى توحيد تفسيرها »(م٢٦) . ولذلك أوجب المشرع « أن يبين فى طلب التفسير (المقدم من وزير العدل) النص التشريعي المطلوب تفسيره ، وما أثاره من خلاف في التطبيق ، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه » (م٢/٣٣)، تلك الوحدة التى هى الهدف من الطلب ومن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير.

وقرارات المحكمة الدستورية العليا بالتفسير في الحدود المتقدمة ـ ككل أحكامها وقراراتها ـ نهائية وغير قابلة للطعن (م٤٨) . وهذه القرارات ـ مثل أحكام هذه المحكمة فى المسائل الدستورية ـ ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، وتنشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها (م١/٤٩)

ويبدو أن المشرع قد توخي ، من وراء منح المحكمة الدستورية العليا هذا الاختصاص وجعل قراراتها بالتفسير ملزمة، الاستغناء عن قيامه بنفسه أو عن طريق لجان مفوضة باصدار تشريعات تفسيرية . ويعنى ذلك أن قيام المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيرا ملزما دون خصومة محددة قائمة أو دعوى مرفوعة اليها وانما بناء على طلب من وزير العدل ، انما هو من قبيل تفويض المشرع اياها فى اصدار تشريعات تفسيرية ، فيكون لقراراتها بالتفسير قوة الالزام التشريعية ، ويترتب عليها ما يترتب على التشريعات التفسيرية من آثار.

---

(١) فى هذا المعنى :

مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصرى ورقابة دستورية القوانين ، ١٩٨٥ ، فقرة ٥٦٩ ، ص ٤٩١.

(٢) قارن :

مصطفى أبو زيد فهمي ، الموضع السابق

(٢) اختصاص الفصل في التنازع على الاختصاص وفي النزاع على التنفيذ : من المتصور أن يقوم تنازع على الاختصاص القضائي نتيجة وجود جهات مستقلة للقضاء (القضاء العادي والقضاء الاداري) وللهيئات ذات الاختصاص القضائي اذ قد يرفع ذات النزاع الى أكثر من جهة فيتخلى كل منها عن نظره بحجه عدم الاختصاص وهذا هو التنازع السلبي، أو يرفع ذات النزاع الى أكثر من جهة فتدعي كل منها اختصاصها بنظره وهذا هو التنازع الايجابي، وفي هذه الحالة الأخيرة قد يصدر حكمان نهائيان متناقضان ، فيثور نزاع حول أي الحكمين أحق بالتنفيذ . ففي هذه الحالات جميعا ، لامناص من ايجاد جهة يكون لها الفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي النزاع على التنفيذ.

وقد أنشأ المشرع لذلك في البداية « محكمة تنازع الاختصاص » المؤلفة من رئيس محكمة النقض رئيسا ومن ستة من المستشارين نصفهم من مستشاري محكمة النقض والنصف الآخر من مستشاري المحكمة الادارية العليا (١). ثم أحال المشرع على المحكمة العليا عند انشائها سنة ١٩٦٩ اختصاص الفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي النزاع على التنفيذ. ثم آل هذا الاختصاص من بعد الى المحكمة الدستورية العليا منذ انشائها سنة ١٩٧٩ .

وينعقد اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي النزاع على تنفيذ حكمين متناقضين بناء على طلب يتقدم به كل ذو شأن (م ١/٣١ و ١/٣٢).

وفي حالة التنازع على الاختصاص القضائي، يطلب ذو الشأن الى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في النزاع الأصلي (م ١/٣١) . وعليه أن يبين في الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظرته وما اتخذه كل منها في شأنه (م٢/٣١). ويترتب على تقديم الطلب وقف الدعاوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فيه من المحكمة الدستورية العليا (م ٣/٣١)

وفي حال النزاع على تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين ، يبين ذو الشأن ـ في طلبه المقدم الى

---

(١) م ١٨ من قانون السلطة القضائية الملغي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥.

المحكمة الدستورية العليا بالفصل في ذلك - النزاع القائم حول التنفيذ ووجه التناقض بين الحكمين (م ٢/٣٢) . وخلافا لما عليه الوضع في حال التنازع على الاختصاص القضائي ، لايترتب على مجرد تقديم طلب الى المحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ الحكمين المتناقضين وقف التنفيذ . بل يجب أن يتقدم أحد من ذوي الشأن بطلب وقف التنفيذ ، ولرئيس المحكمة أن يأمر - بناء على هذا الطلب - بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما إلى حين فصل المحكمة الدستورية العليا في النزاع (م ٣/٣٢) .

وأحكام المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التنازع على الاختصاص وفي النزاع على تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين أحكام نهائية وغير قابلة للطعن ككل أحكام هذه المحكمة (م٤٨) . ولكنها - على خلاف أحكام المحكمة المتعلقة برقابة الدستورية وقراراتها بالتفسير - ليست لها قوة الالزام المطلقة بل هي نسبية الأثر فيما بين الخصوم ، وبالتالي لاتنشر في الجريدة الرسمية.

١٧٠ - منهج البحث

يثير البحث فى تطبيق القاعدة القانونية مسألتين رئيسيتين : الأولى تعيين نطاق هذا التطبيق ، أى تعيين مدى سريان القاعدة القانونية . والثانية تفسير القاعدة القانونية تفسيرا يفصح عن معنى الحكم الذى تتضمنه .

ولذلك نقسم هذا الفرع الى بابين :

الباب الأول - فى مدى سريان القاعدة القانونية .

الباب الثانى - فى تفسير القاعدة القانونية .

الباب الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

١٧١ - تمهيد وتقسيم

أول ما يعرض عند تطبيق القاعدة القانونية ، هو وجوب تعيين نطاق هذا التطبيق بتحديد المدى الذى يبلغه سريانها • ومدى سريان القاعدة القانونية انما يتحدد بالنظر الى أمور ثلاثة :

أولا - تحديد هذا المدى بالنسبة الى المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كانت هذه القاعدة تسرى فى حق جميع هؤلاء المخاطبين دون استثناء أم يقال بعضهم من الخضوع لأحكامها بدعوى الجهل بها •

والثانى - تحديد هذا المدى من حيث المكان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كان مكان سريان هذه القاعدة هو الاقليم الصادرة والنافذة فيه أم محل وجود الأشخاص الموضوعة من أجلهم هذه القاعدة سواء كان هو هذا الاقليم أو خارجه •

والثالث - تحديد هذا المدى من حيث الزمان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عن كيفية وتاريخ انتهاء سريانها ، وطريقة حل التنازع الناشىء عن تعاقب القواعد القانونية فى الزمان •

فنعرض لكل من هذه الأمور الثلاثة على التوالى فى فصل على حدة •

الفصل الأول

مدى سريان القاعدة القانونية
فى حق المخاطبين بأحكامها

١٧٢ – مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون(١)

اذا تكونت القاعدة القانونية . فخرجت عن مصدر من المصادر الرسمية. فهى تسرى فى حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، بمعنى أنهـا تطبق على كافة من تتوجه اليهم من أشخاص ، فلا يعفى واحد منهم من الخضوع لأحكامها· ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف : « لا يفترض فى أحـد الجهل بالقـانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) ، أى لا عذر بجهل القانون . فلا يقبل من أى كان الاحتجاج بجهله حكم قاعـدة قانونية ليفلت من انطباقها عليـه وسريانها فى حقه · فجهل القاعدة القانونية لا يصلح اذن عذرا يمنع أو يعفى من انطباقها على أحد ، فهى تسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامها . من علم بها ومن جهلها على السواء ·

١٧٣ – أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

يؤسس بعض الفقهاء مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القـانون على أساس وجود قرينـة على علم الأفراد به(٢) · ولـكن مثل هذا الأساس غير مقبول ، اذ القرائن القانونية – كما سبق البيان – انما تقوم على حمل الأمر المشكوك

---

(١) راجع فى ذلك بخاصة :

Dereux, Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi", Revue trimestrielle de droit civil, t. VIII, 1907, pp. 513-554.

وكتابنا « أصول القانون » · فقرات ١٧٧ – ١٧٩ ، ١٧٩ ، ص ٣٧٦ – ٣٨٥ ·

(٢) أنظر بخاصة :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٣٣ – عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرات ١٠٢ ، ١٠٣ · – سليمان مرقس ، فقرات ٨٧ و ٨٨ · – محمد على امام ، فقرة ١٠٢ ·

فيه محمل الغالب والمألوف في العمل بشأنه ، وليس الغالب في العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم بها ٠

ولعل قواعد العدل هي خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ ٠ فالعدل الخاص يتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية ، فلا يفرق بينهم في وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من التقيد بها ٠ وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما تؤكد من سيادة النظام والقانون في المجتمع ، اذ لو أبيح الاعتذار بجهل القانون للافلات من أحكامه ، لما أتيح حينئذ تطبيق القانون الا في القليل النادر حيث يعلم الناس بأحكامه ، واذن لسادت الفوضى وضاع الأمن وتقوض النظام في المجتمع ٠ فضلا عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفى لصفة الالزام عنها ، اذ يجعل الزامها هو توافر العلم بها ، بينما القاعدة القانونية تتميز قبل كل شيء بما لها من الزام ذاتي ينبعث منها ومن وجودها هي لا من عامل خارجي عنها كالعلم بها(١) ٠ والواقع أن القاعدة القانونية ـ بما تقرر من الزام بمضمونها ـ تنطوى كذلك على معنى الالزام بالعلم بها من وقت نفاذها ٠

١٧٤ ـ مدى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

(١) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد القانونية على اختلاف مصادرها : سبق البيان ، عند تفصيل القول في التشريع ، أن نشره في الجريدة الرسمية وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه ، يفترض معه علم الكافة بأحكامه ، فلا يقبل اعتذار أحد بجهلها ٠

ولكن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ليس قاصرا على التشريع فحسب ، بل هو ينسحب كذلك على كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها الرسمي ٠ فالقاعدة العرفية والدينية السائدة ، يمتنع الاعتذار كذلك

---

(١) قرب من ذلك :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 12. — Décottignies, L'erreur de droit, Revue trimestrielle de droit civil, 50ème année, 1951, pp. 309.

بجهلها ، كما يمتنع الاعتذار بجهل القواعد التشريعية سواء بسواء . بل لقد قلنا ، في صدد الكلام عن العرف ، ان من بين نتائج تميزه عن العادة أن العادة يجوز الاحتجاج بجهلها لانه لا الزام لها الا بارادة المتعاقدين ، وجهل أحدهما أو كليهما بها يمنع من وجود هذه الارادة ، بينما العرف - باعتباره قاعدة قانونية - لا يجوز الاحتجاج بجهله للافلات من الخضوع لحكمه(١) .

(٢) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء : يقصر أغلب الفقهاء العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الآمرة أى على القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب دون القواعد المكملة(٢) . بل ان منهم من يقصر العمل به على البعض فقط من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب ، كالقوانين الجنائية خاصة(٣) ، أما ما عداها من بقية القواعد الآمرة وكل القواعد المكملة فيجوز عندهم الاعتذار بجهلها .

ولسنا نرى ما يبرر هذه التفرقة ، اذا ما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة فلا ينبغي الاحتجاج بجهلها للافلات من الخضوع لحكمها ، لأن الالزام بمضمونها ينطوى على معنى الالزام بالعلم بهذا المضمون كما سبقت الاشارة . وغنى عن البيان أن صفة الالزام متوافرة للقواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء ، فالعلم بهما يكون واجبا لا يمكن التحلل منه بالنسبة اليها جميعا دون تفريق .

---

(١) انظر سابقا ، ص ٢٧٩ - ٢٨٠ .

(٢) انظر خاصة :

Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 246. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. I, VI, Obligations par Esmein, 2ème éd. 1952, No. 181.

عبد الرزاق السنهورى : نظرية العقد ، ١٩٣٤ ، فقرة ٣٧٣ ، الوسيط ، الجزء الأول فقرة ١٧٤ ، - عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٣٣ .

(٣) سليمان مرقس ، فقرة ٨٨ .

وانظر كذلك في نفس المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج٢ ، ص ١٥٩ .

فضلا عن أن القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعة هذه القواعد من كونها لا تطبق الا في حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، اذ قد يكون سكوتهما عن جهل منهما بأحكامها ، ومع ذلك تلزمهما هذه الأحكام ، لأنه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها في حقهما • فلو قيل بامكان الاعتذار بجهل القواعد المكملة ، لما وجدت هذه القواعد اذن مجالا كبيرا للتطبيق ، لأنها لا تطبق الا عند سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، فيستطيع من له مصلحة منهما في عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها ويفسر السكوت على هذا الأساس • وحينئذ نوجد أمام فراغ ما وجدت القواعد المكملة الا لسده ، اذ لا توجد ارادة للمتعاقدين من ناحية ، ويمتنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى •

١٧٥ ـ الاستثناء من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

من المسلم عند جمهور الفقهاء والمستقر في القضاء[١] الاستثناء من هذا المبدأ ، باجازة الاعتذار بجهل القانون في حال قيام قوة قاهرة[٢] ـ كفيضان أو احتلال أجنبي ـ تعزل بعض المناطق في الدولة عزلا تاما يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية اليها • وأيا كان الرأي في الاستثناء وتبريره ، فهو من ناحية نادر التحقق اليوم أمام تقدم وسائل المواصلات وخاصة بالطائرات • وهو من ناحية أخرى مقصور على القواعد التشريعية اذ هي وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية وتعتبر معلومة للناس بهذا النشر •

ويضيف بعض الفقهاء الى هذا الاستثناء المسلم استثناءين آخرين : الأول خاص بحالة ابطال العقد لغلط في القانون ، والثاني خاص بحالة

---

(١) انظر بخصة : نقض ٨ أبريل ١٩٦٥ ، مجموعة احكام محكمة النقض ، س ١٦ ع ٢ ، رقم ٧٧ ، ص ٤٧٦ •

(٢) ويقرر حكم النقض سالف الذكر أنه « اذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قبول اعتذار المطعون ضده بجهله نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة (الذي يوجب توقيع محام على صحف الدعاوى) الى ما قررته الطاعنة في مذكرتها من أن المدة التي مضت ما بين تنفيذ القانون وبين اعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده رافع الدعوى بذلك النص المستحدث ، فان هذا الاستناد خطأ في القانون لأن عدم كفاية هذه المدة لا يعتبر قوة قاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور » •

ارتفاع المسئولية الجنائية عند الجهل بقوانين غير جنائية تكون العقوبة الجنائية مؤسسة عليها . غير أن هاتين الحالتين لا تمثلان استثناءات حقيقية من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ، وذلك على النحو الذى نبينه فيما يلى :

(١) ابطال العقد لغلط فى القانون ليس استثناء من المبدأ : يذهب بعض الفقهاء الى أن ثم استثناء يرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، هو امكان ابطال العقد نتيجة ما وقع فيه أحد المتعاقدين من « غلط فى القانون »(١) . فقد ظنوا أن فى اجازة ابطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط فى القانون(٢) خروجا على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بقبول الاعتذار بالوقوع فى هذا الغلط(٣) . فالوارث مثلا الذى يبيع حصته فى التركة على اعتقاد أنها الربع فى حين أن له نصف التركة طبقا لقواعد الميراث ، يكون له حق ابطال عقد البيع للغلط الذى شاب ارادته فى قدر الشيء المباع .

والواقع أن هذا الظن خاطىء ، فليس فى ابطال العقد لغلط فى القانون

---

(١) فى هذا المعنى :

Planiol, Traité élèmentaire de droit civil, t. I, 12ème éd. 1935, No. 238.

محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى ، ١٩٥٤ فقرة ٢٦ ، ص ٤٦ .

(٢) يسوى المشرع فى المبدأ بين « الغلط فى القانون » وبين « الغلط فى الواقع » من حيث امكان ابطال العقد بسببه (١٢٢ مدنى) . ولكن استثناء من هذا المبدأ ، لا يجيز المشرع الطعن فى عقد الصلح بسبب غلط فى القانون (م ٥٥٦ مدنى) .

(٣) ويبرر بعض الفقهاء هذا الخروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بأن نطاق تطبيق هذا المبدأ يجب أن يقتصر على الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام وحدها . أما اذا كان الجهل أو الغلط واردا على قاعدة قانونية غير متعلقة بالنظام العام فيمكن الاحتجاج والتمسك به لطلب ابطال العقد الذى أبرم نتيجة هذا الغلط . (أنظر :

Baudry, Lacantinerie et Barde, op. cit., No. 69, p. 109. — Demogue. op. cit., t. I, No. 246, p. 405.

عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٣ ، الوسيط ، الجزء الأول ، فقرة ١٧٤ ، ص ٣٠٦ و ٣٠٧ — محمد على عرفة ، ص ٧٦) . ولكن الأمثلة التى تضرب فى هذا الصدد ويجوز فيها ابطال العقد لغلط فى القانون ، يرد الغلط فى أغلبها على قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام (أنظر فى هذه الأمثلة خاصة : Demogue, op. cit., No. 246, p. 408 .— عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٤) .

في الأمثلة التي يضربونها أي استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » أو خروج عليه . ذلك أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » انما يعني أنه لا يمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به ، فهو يطبق على الجميع دون تفريق أى حتى على من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة على انه حيث يجب تطبيق قاعدة معينة ، فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها في حقه بحجة جهله بأحكامها(١) . وما دام هذا هو مضمون المبدأ ومعناه ، فالاستثناء منه لا يتصور اذن الا باعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونية معينة من واجب الخضوع لها ، أى بمنع سريانها عليه . ومن هنا لا يكون فى اعطاء المتعاقد الواقع في غلط فى القانون حق طلب ابطال العقد الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير الغلط ، اى استثناء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، الا اذا كان فى هذا الابطال منع لسريان القاعدة القانونية الوارد عليها الغلط فى حق المتعاقد الواقع فى الغلط بشأنها . وليس الحال كذلك فى المثل المضروب . فالوارث الذى يجهل قواعد الميراث ويقع فى غلط فى قدر الحصة التى تفرضها له . ثم يطلب ابطال عقد البيع الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير هذا الغلط ، لا يتوصل بالحصول على الابطال الى منع سريان قواعد الميراث فى حقه ، فهى تظل سارية فى حقه رغم جهله بأحكامها . ولولا أن هذه القواعد تعتبر سارية فى حقه فيكون له نصف التركة ، لما دعا الأمر الى تمكينه من ابطال بيع حصته الذى اندفع اليه على اعتبار أنها الربع فقط .

ولكن اذا عرضت فروض أخرى ، تحقق فيها غلط أحد المتعاقدين فى حكم قاعدة قانونية ، وكان من شأن تمكينه من المطالبة بابطال العقد لهذا الغلط استبعاد تطبيق تلك القاعدة عليه ، فيجب حينئذ حرمانه من طلب الابطال لهذا السبب ، والا انتهى الأمر الى تمكينه من التحجج بجهله للافلات من انطباق القاعدة عليه ، بما يعنى خرق مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل

(١) فى هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol. t. II, 2ème éd., 1947, No. 206.

القانون » وهو ما لا يجوز . ولذلك لا يجوز للمقرض طلب ابطال عقد القرض المعقود بفائدة تجاوز الحد الأقصى المشروع للفائدة الاتفاقية بناء على غلطه فى حكم القاعدة المقررة لهذا الحد ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انزال الفائدة الفاحشة المتفق عليها الى الحد الأقصى المشروع(١) . وكذلك لا يجوز للمؤجر طلب ابطال عقد الايجار المعقود بأجرة تجاوز الحد الاقصى الذى قرره القانون بناء على غلطه فى حكم القانون فى هذا الشأن ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انقاص الأجرة المتفق عليها الى حدها الاقصى المقرر(٢) .

(٢) امتناع المسئولية الجنائية فى حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة ليس استثناء من المبدأ : يذهب القضاء الجنائى الفرنسى الى أن الجهل بأحكام قانون غير جنائى تكون العقوبة مؤسسة عليه ينهض عذرا للمتهم فيرفع عنه المسئولية الجنائية . ولذلك قضى بعدم عقاب من عثر على كنز فى أرض الغير فاستولى عليه كله لنفسه ، جاهلا حكم القانون المدنى الفرنسى الذى يملكه نصفه ومالك الارض النصف الآخر مما يجعله مختلسا نصيب هذا الأخير(٣) .

غير أن ارتفاع المسئولية الجنائية نتيجة الجهل بحكم قانون غير جنائى تكون العقوبة مؤسسة عليه ، لا يمثل استثناء حقيقيا من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون . اذ من ناحية ، لن يؤدى منع العقاب الجنائى نتيجة هذا الجهل الى منع تطبيق القاعدة القانونية غير الجنائية على من وقع فى الغلط

---

(١) فى هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ، ج ١ ، العقد والارادة المنفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٠٢ ، ص ٢٠٤ . ـ عبد المنعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية . ١٩٦٦ ، فقرة ١٣٣ ، ص ٢٠١ و ٢٠٢ .

(٢) فى هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٣) أنظر فى هذا القضاء :
Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3ème éd., 1947, No. 139.

بشأنها ، بل تظل هذه القاعدة رغم ذلك سارية في حقه ومطبقة عليه . ومن ناحية أخرى ، فارتفاع المسئولية الجنائية ، وامتناع العقـــاب هنا ليس في الحقيقة الا نتيجة انتفاء القصد الجنائي وهو ركن أساسي من أركان الجريمة ، اذ لا يتحقق هذا القصد هنا الا بالعلم بحكم قاعدة معينة غير جنائية ، وما دام مرتكب الجريمة يجهل هذا الحكم فلا يتوافر عنده حينئذ القصد الجنـائي الى ارتكابها(١) .

والخلاصة مما تقدم ، أنه لا يوجد استثنـاء حقيقي من مبـــدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون الا استثناء وحيـد ، هو ذلك المنحصر في قيـام قوة قاهرة تحول دون وصول الجريدة الرسمية الى بعض المناطق في الدولة .

---

(١) وهذا ما بصرت به محكمة النقض المصرية فيما قضت به من أنه حيث « ان الزوجين اذ أقدما على الزواج ، لم يكونا عالمين تحريم الجمع بين المرأة وابنة أختها ، شأنهما في ذلك شأن شاهدي العقد .. وحيث انه وقد انتفى القصد الجنائي (في جريمة التزوير) لما تقدم بيانه ، تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها (نقض ١٠ مايو ١٩٤٣ ، مجموعة عمر (جنائي) ، ج ٦ ، رقم ١٨١ ، ص ٢٤٧) .

انظر في تأييد هذا الحكم : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» . ص ٣٧٩ ــ ٣٨١ .

ولكن قارن :

السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٣٨٧ . ــ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ ، فقرة ٧٢٩ ، ص ٧٢٥ .

الفصل الثاني

مدى سريان القاعدة القانونية في المكـان

١٧٦ ـ مشكلة السريان المكاني

اذا وقفنا على أن القاعدة القانونية تتوجه الى جميع المخاطبين باحكامها دون استثناء ، فلا يمتنع سريانها في حق أحدهم بحجة الجهل بهـــا ، فيبقى بعد ذلك أن نحدد المدى المكاني لهذا السريان ٠

وتحديد المدى المكاني لسريان القاعدة القانونية لا يثير أي صـعاب في نطاق جماعة منعزلة لا يوجد في اقليمها الا المنتمون اليهـا دون الأجانب ولا يوجد أحد من المنتمين اليها خارج اقليمها ، ولا تقوم عـلاقات بين المنتمين اليها وبين الأجانب ، اذ يسرى حينئذ قانون هذه الجماعة وحـده في حدود اقليمها دون أن ينازعه في السريان أي قانون آخر ٠

غير أن مثل هذا الفرض لم يعد اليوم الا فرضـا وهميا يكاد يستحيل تحققه في العمـــل ، أمام انتشار المدنية وازدياد العــلاقات بين الأفراد في مختلف الدول ، بل ووجود طائفة من الأجانب في اقليم كل دولة ، فحينئذ يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في كل اقليمها بحيث يكون له مطلق السلطان في حق الوطنيين والأجانب المقيمين في هـــذا الاقليم على السواء ، أم يقتصر سلطـانه وسريانه على الوطنيين وحـدهم فلا يمتـد الى الأجانب الذين يظلـون خاضعين لقوانين دولهم ؟ وكـذلك يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في حق الوطنيين المقيمين خارج الاقليم فيتبعهم في أي مكان يوجدون ، أم يقف سلطانه وسريانه عند حدود الاقليم فلا يمتد اليهم وانما يسرى عليهم قانون الدولة المقيمين أو الموجودين فيها ؟ ٠

والاجابة على هذا التساؤل تتراوح كمـا هو واضح بين مبدأين : مبدأ الاقليمية حيث يتحدد سريان القانون باقليم الدولة النافذ فيها دون نظر الى

جنسية الأشخاص المقيمين فيه ، ومبدأ الشخصية حيث يتحدد سريان القانون بجنسية الأشخاص التابعين للدولة النافذ فيها دون نظر الى مكان وجودهم، هل هو داخل اقليم الدولة أو خارجه .

١٧٧ - مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية فى سريان القاعدة القانونية(١)

قلنا ان سريان القاعدة القانونية اما سريان اقليمى واما سريان شخصى.

أما السريان الاقليمى للقاعدة القانونية وهو ما يعبر عنه بمبدأ اقليمية القانون (Territorialité de la loi) فيقصد به - من ناحية - سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل الاقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه ، ويقصد به - من ناحية أخرى - عدم سريانها على كل ما يقع خارج حدود هذا الاقليم . فاذا قلنا مثلا أن القانون المصرى اقليمى التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه وحده الذى يسرى على كل ما يقع فى أرض مصر وعلى كل المقيمين فيها ، مصريين كانوا أو أجانب ، وأنه لا يسرى على ما يقع خارج حدود مصر ، ولا يسرى على الأشخاص المقيمين خارج مصر ولو كانوا مصريين .

وأما السريان الشخصى للقاعدة القانونية ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ شخصية القانون (Personnalité de la loi) فيعنى سريان القاعدة القانونية فى دولة معينة على الأشخاص التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدود اقليمها وعدم سريانها على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين فى اقليمها . فاذا قلنا مثلا ان القانون المصرى شخصى التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه يطبق على المصريين وحدهم حتى ولو كانوا خارج مصر ، وأنه لا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا موجودين فى مصر .

والواقع أن مبدأ اقليمية القانون يقوم على أساس ما للدولة من سيادة

---

(١) انظر فى ذلك بخاصة :

Batiffol. Traité élémentaire de droit international privé, 1948, Nos. 9 et s.

حامد زكى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٤٤ فقرة ٦٩ وما بعدها .

في اقليمها ، مما يعد معه تطبيق قوانين الدول الأخرى على ما يقع في اقليمها هي اعتداء على سـيادتها • وأما مبدأ شخصية القانون فيقوم على أسـاس ما للدولة من سـيادة على رعاياها حيثما وجدوا ، نظرا لمـا يربطهم بها من رابطة لا تتقيد أو تتحدد بمكان معين •

وقد تفاوت منذ القدم الاخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول(١) • فبعضها أخذ بمبدأ اقليمية القانون ، وبعضها الآخر أخذ بمبدأ الشخصية • ولكن لم يكن الأخذ بهـذا المبدأ أو ذاك في دولة من الـدول الا من حيث الأصـل فحسب ، مع فتح الباب لاستثناءات تطبق المبدأ الآخر في حالات خاصة •

١٧٨ - مدى السريان المكاني للقانون المصري

يطبق القانون المصري في الأصل تطبيقا اقليميا • ولـكن هـذا الأصل ليس مطلقا ، اذ تحد منه استثناءات معينة •

أولا - مبدأ اقليمية القانون المصري : المبدأ العـام المقرر هو اقليمية تطبيق القانون المصري ، اسـتنادا الى ما للـدولة من سـيادة عـلى اقليمها ، فالأصل اذن هو وجوب تطبيق القواعد القانونية المصرية على كل الموجودين في مصر أيا كانت جنسيتهم ، ولا تطبق خارج مصر حتى على المصريين •

غير أن التطبيق الاقليمي الكامل يقتضي وحدة القانون الوطني المطبق داخل حدود الدولة . ووحدة الهيئة أو الجهة القضائية التي تطبق هـذا القانون • ولم يتح دائما تطبيق مبدأ اقليميـة القانون تطبيقا كاملا في مصر ، فقـد انتقصت الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية من كمال التطبيق الاقليمي للقانون المصري(١) • ولكن انتهى هذا الانتقاص من ناحية ، بالغاء الامتيازات الأجنبية سنة ١٩٤٩ • وانكمش هذا الانتقاص ، من ناحية ثانية ، فيما يتعلق بالامتيازات الطائفية ، حيث أصبح منحصرا اليوم فحسب في تعدد القوانين المطبقة في بعض مسائل الأحوال الشخصية تبعا لتعدد العقـائد الدينية ، بعد أن توحد الاختصاص القضائي دون نظر لاختلاف الدين وتم الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية المتعددة منذ سنة ١٩٥٥ • ولما كان هذا الأثر الباقي

---

(١) راجع في ذلك كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١٨٢ ، ص ٢٨٩ - ٢٩٣ •

لا يعنى الانتقاص من كمال التطبيق الاقليمى للقــانون فحسب ، بل كذلك الانتقاص من الوحدة الوطنية فى أسمى مظاهرها ، فاننا نطمع فى ان يخطو المشرع المصرى فى القريب الخطوات اللازمة للقضاء على هذا الانتقاص .

ثانيا - احوال الخروج الاستثنائى على مبدا اقليميــة القانون المصرى :

اذا كان المبدأ العام هو تطبيق القانون المصرى تطبيقا اقليميا على ما رأينــا ، فان هـــذا المبدأ ليس مطلقا ، اذ ترد عليه بعض استثناءات تحد من تطبيق هذا القانون داخل اقليم الدولة أو تمد هذا التطبيق الى خارج هذا الاقليم ، واذا كان الغالب أن تؤدى هذه الاستثناءات الى شخصية تطبيـــق القانون ، الا أن ذلك لا يتحقق دائمــا . اذ قد تؤدى بعض الاستثناءات الى تطبيـــق القانون تطبيقا عينيا(١) ، بحيث يتحقق الخروج على مبدأ الاقليمية ولكن ليس لصالح فكرة الشخصية ، كما يحصل - وخاصة فى شأن تطبيق بعض قواعد قانون العقوبات - عندما يتقرر تطبيق القانون الوطنى على من يأتى فعلا أو جرما خارج اقليم الدولة حتى لو كان غير وطنى وغير مقيم فى الدولة ، لمجرد مساس هذا الفعل أو الجرم بمصلحة أساسية للدولة . ونعرض فيما يلى لأهم أحوال الخروج الاستثنائى على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، أيا كانت نتيجة هذا الخروج .

(١) أهم ما يرد من استثناء على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، هو ذلك الناشىء عن اعمال قواعد القـــانون الدولى الخاص المصرى أى قواعد الاسناد المصرية . فهذه القواعد - كما سبق البيان - تعين القانون الواجب التطبيق فى العـــلاقات ذات العنصر الأجنبى . وهى قد تعين قانونا أجنبيــا - دون القانون المصرى - فيما يقع فى اقليم مصر ، فيعتبر تطبيق القانون الأجنبى حينئذ خروجا على مبدأ اقليمية القانون المصرى . فمثــلا تقضى هذه القواعد بأن القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث هو قانون المورث (م ١٧ مدنى) ، فاذا توفى فرنسى فى مصر ، فالقانون الذى يطبق بشأن تركته هو القــانون

---

(١) راجع فى التطبيق العينى للقانون :

محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ ، فقرات ١٠٨ و ١٢٨ - ١٣٠ .

الفرنسى استثناء من مبدأ الاقليمية الذى كان يوجب تطبيق القانون المصرى .

ومن ناحية أخرى ، فقد يترتب على اعمال قواعد الاسناد تطبيق القانون المصرى - استثناء من مبدأ اقليميته - على ما يقع خارج مصر . فطبقا لقاعدة الاسناد السالفة الذكر ، يطبق القانون المصرى على تركة المصرى الذى يتوفى ويترك أموالا فى الخارج .

(٢) وكذلك يرد على مبدأ اقليمية القانون المصرى استثناء ثـان خاص ببعض الحقوق العامة أو السياسية كحق الانتخاب وحـــق الترشيح للهيئات النيابية ، وبعض الواجبات أو الالتزامات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية . فمثل هذه الحقوق والواجبات - وهى خاصة بالانتماء الى الوطن - لا يتصور أن تسرى القواعد القـــانونية المقررة لهـا الا فى حق الوطنيين وحدهم دون الأجانب ، فلا تطبق اذن تطبيقا اقليميا بل تطبيقا شخصيا .

(٣) أما الاستثناء الثالث الوارد على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، فهو الخـاص بالعقـاب على بعض الجرائم التى ترتكب أو تقـــع خارج مصر . فلئن كانت القاعدة هى اقليمية قانون العقوبات المصرى كمـا هى الحـال فى أغلب الدول ، الا أن من الاعتبـــارات ما يحتم الخروج على هــذه القاعدة فى بعض الحالات ، سواء بما يؤدى الى عينية تطبيـــق القانون المصرى أو بما يؤدى الى شخصيته .

فقد استلزم الدفاع عن كيان الدولة المصرية اعطاءها حق العقاب بمقتضى قانونها على ما يرتكب فى الخارج من وطنى أو أجنبى من جرائم تخل بأمنها ، أو بالثقة فى أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها ، أو بالثقة فى نقدها عن طريق تزييفه (م ٢ - ثانيا عقوبات) . وظاهر أن تطبيق القـانون المصرى هنا ، استثناء من مبدأ الاقليمية ، هو تطبيق عينى ، بالنظر الى مساس هــذه الجرائم بكيان الدولة ومصالحها الأساسية ، بحيث يجىء هـــذا التطبيق رغم ارتكاب الجريمة فى الخارج ودون النظر الى جنسية مرتكبها(١) .

---

(١) راجع فى عينية تطبيق القانون المصرى فى هذه الحالة :
محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ١٢٨ - ١٣٠ ، ص ١٤٥ - ١٤٧ .

وفى أحوال أخرى ، يتقرر الخروج على مبدأ اقليمية قانون العقوبات المصرى ، بما يؤدى الى التطبيق الشخصى لهذا القانون · فمن ذلك ما يقرره المشرع المصرى - ومصر كأغلب الدول لا تسلم رعاياها - من انعقاب وفق قانون العقوبات المصرى على ما ارتكبه المصريون فى الخارج من جنايات أو جنح اذا عادوا الى مصر تهربا من العقاب ، حتى لا تكون هذه العودة منجاة لهم منه (م ٣ عقوبات)(٢) ·

(٢) أنظر فى هذه الحالة :
محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ١٣١ - ١٣٨ ، ص ١٤٧ - ١٥١ ·

الفصل الثالث

مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان

١٧٩ ـ تقسيم

يثير تحديد مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان مسـألة انهاء هذا السريان ، وهو ما يتم بالغاء القاعدة القانونية ٠ فاذا ألغيت قاعــدة قانونية لتحل محلها قاعدة جديدة ، يقوم التنازع بين القــاعدتين على حكم الأوضاع والآثار القانونية التى ابتدأت فى ظل القاعدة القديمة وما زالت مستمرة فى ظل القاعدة الجديدة ، فكيف يحل هذا التنازع ، وكيف تتحدد ولاية كل من القاعدتين المتعاقبتين فى الزمان ؟

على هذا النحو ، نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول ـ فى الغاء القاعدة القانونية ٠

المبحث الثانى ـ فى التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان ٠

المبحث الأول

الغاء القاعدة القانونية

١٨٠ ــ تمهيد

يقصد بالغاء القاعدة القانونية(١) انهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الانهاء · والأصل أن القاعدة القانونية اذا صدرت صحيحة وصارت نافذة ، فهي تظل سارية معمولا بها حتى يحصل الغاؤها قانونا · ويترتب على الغاء القاعدة القانونية اما احلال قاعدة قانونية جديدة محلها واما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها بها ·

والغاء القاعدة القانونية اما الغاء صريح واما الغاء ضمني · وقد أشارت المادة الثانية من التقنين المدنى المصرى الحالى لهذين النوعين من الالغاء في شأن القواعد التشريعية · ولكن الالغاء لا يصدق في حق القواعد التشريعية وحدها ، بل يصدق في حق القواعد القانونية جميعا أيا كان مصدرها(٢) · فنعرض فيما يلي للالغاء الصريح ، ثم للالغاء الضمني ·

---

(١) يجب التفرقة بين الالغاء (L'abrogation) وبين البطلان او الابطال (L'annulation) · فهما وان كانا وسيلتين لاسقاط القاعدة القانونية ، الا أنهما مختلفان في السبب وفي الآثار على السواء · ذلك أن الالغاء انما يرد على قاعدة قانونية مستكملة شرائطها وأركانها الجوهرية ، لا لانكار قيامها من قبل أو الطعن في صحتها ، ولكن لانهاء العمل بها سواء كان ذلك لعدم الحاجة اليها من بعد أو لاستبدال قاعدة أخرى بها تكون أكثر ملاءمة ، ولذلك لا يبتدىء أثر الالغاء الا منذ حصوله ، فلا يكون له آثار على ما تم من تنفيذ القاعدة القانونية قبله · أما البطلان او الابطال ، فلا يتأتى الا نتيجة انتفاء ركن أو شرط جوهرى من أركان القاعدة القانونية أو شرائطها ، بحيث تعتبر منعدمة وكأن لم تكن ، ومن هنا ، كان الأصل أن لبطلان القاعدة القانونية أو ابطالها أثرا رجعيا ·

(٢) عرفت الشريعة الاسلامية خاصة نظرية الالغاء في شأن قواعدها وأحكامها ، تحت اسم نظرية « النسخ » وأسستها على قوله تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها » (أنظر في نظرية النسخ فقهاء الأصول وخاصة : أبو اسحق الشاطبى ، الموافقات في أصول الشريعة ، شرح الأستاذ عبد الله دراز ، ج ٢ ، ص ١٠٢ ــ ١١٨ · ــ وأنظر كذلك عمر عبد الله سلم الوصول لعلم الأصول ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٣ ــ ٢٥٦) ·

١٨١ ـ الالغاء الصريح

يتحقق الالغاء الصريح (L'abrogation expresse) بصـــدور قاعدة أو قواعد قانونية جـــديدة تفصح عن نسخ قاعدة أو قواعد قانونيـــة قديمة . ومثاله نص المادة الأولى من القانون الخاص باصـــدار القانون المدنى المصرى الحالى على الغاء القانون المدنى الأهلى والقانون المـــدنى المختلط والاستعاضة عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون .

وقد يتحقق الالغاء الصريح كذلك بفوات المدة المعينة لسريان القـــاعدة القانونية ، فقد تدعو ظروف وأحوال خاصـــة الى توقيت سريان القـــاعدة القانونية بمدة أو فترة معينة ، فاذا انقضت هذه المدة أو تلك الفترة اعتبرت القـــاعدة القانونية ملغاة بحيث يقف العمل بها ابتداء من هـــذا الانقضاء ومثال ذلك ما كان ينص عليه قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن مفعوله ينتهى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٢٢ .

١٨٢ ـ الالغاء الضمنى(١)

يقصد بالالغـاء الضمنى (L'abrogation tacite) ذلك الالغـاء الذى لا يوجد تصريح به ، وانما يستخلص مجرد استخلاص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة ، وهو ما يتحقق فى صورتين : صورة تعارض بين القديم والجديد ، وصورة تنظيم نفس الموضوع من جديد . وقد عنى التقنين المدنى الحالى بالاشارة الى هاتين الصورتين (م ٢) .

---

(١) اذا أحالت بعض القوانين الى نصوص قوانين أخرى ، ثم ألغيت هـذه النصوص فى قوانينها الأصلية ، فالأصل أن لا يستتبع الغاؤها اعتبارها ملغاة كذلك فى القوانين التى تحيل اليها . بل تظل موجودة فيها بالاحالة وكأنها ثابتة بالعبارة . ولكن اذا استحال الاستمرار فى اعتبارها قائمة فى نطاق القوانين التى تحيل اليها ، بأن كانت تلك النصوص تنشىء مثلا مرفقا أو محكمة تكون لازمة لتطبيق هذه القوانين وتقرر الغاؤها ، فلا مناص من انسحاب الالغاء بالتالى على هذه النصوص لاستحالة تطبيقها حينئذ (أنظر Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, pp. 170, 171) . ويجب أن يواجه المشرع الأمر ، فيعدل الاحالة بجعلها الى المرفق أو المحكمة الجديدة ان وجدت ، أو الى مرفق أو محكمة أخرى من المرافق أو المحاكم الأصلية القائمة ، لامكان الاستمرار فى تطبيق هذه القوانين المحيلة (أنظر كتابنا سالف الذكر، هامش «١» ص ٤٠٠ ــ ٤٠١) .

(أ) **التعارض بين القديم والجديد** : تتحقق هذه الصورة الأولى من صور الالغاء الضمنى بقيام تعـــارض بين قواعد قانونية قديمة وقواعد قانونيـــة حديثة ، اذ يفهم ضمنا ـ وتطبيقها معا مستحيل ـ أن الأحدث منها قد نسخ وألغى الأقدم • وبديهى أن الالغاء الضمنى في هـــذه الصورة لا يكون الا فى حدود التعارض والتنافر بين القواعد القديمة والقواعد الحديثة • فاذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الأحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخا ضمنيا بالقانون الحديث اذا كان التعارض بين أحكامهما تاما وكليا • أما اذا كان التعارض جزئيا بأن كان واقعا بين بعض أحكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الالغاء الضمنى منطقا الا على ما ثبت تعارضه من أحكـام القانون القديم مع القانون الحديث •

واذا كان النسخ أو الالغـــاء الضمنى مستخلصا من قيام تعارض بـين القواعد القانونية القديمة والقواعد القـــانونية الحديثة ، فذلك رهن بكون ما تضعه هذه القواعد المتعارضة والمتعاقبة في الزمان من أحكام ذات صـــفة واحدة ، بأن تكون معا أحكاما عامة أو تكون جميعا أحكاما خاصة • أما اذا اختلفت بينها الصفة ، ففى الأمر تفصيل نعرضه فيما يلى :

١ ــ التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص : اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قـــانونية حديثة تأتى بحكم خاص ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم العام كليا ، وانما يستخلص منه أن الحكم الجديد قد نسخ (أو عطل) ضمنيا الحـــكم القديم العام في شـــأن ما جاء بتخصيصه فقط(١) • ومعنى ذلك أن الحكم القديم العام يظل قائما وساريا الا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه ، وبذلك يحـــد الحـــكم الخاص من مدى عموم الحـــكم القديم العام

---

(١) فى هذا المعنى :

Josserand, op. cit., t. I, No. 67. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, p. 130.

فيقتطع بعض ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة ٠

ومثال ذلك أن التقنين المدنى المصرى القديم كان يقضى بأن الملكية تنتقل بالتراضى فى الأموال منقولة كانت أو عقارية ٠ ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ثم قانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦ ، بحكم جديد يقضى بأن الملكية فى العقار لا تنتقل الا بالتسجيل ٠ فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدنى القديم وهو حكم عام لانصرافه الى الأشياء بصفة عامة دون تمييز بين المنقول منها والعقار ، وبين الحكم الجديد الذى جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى وهو حكم خاص لعدم انصرافه الا الى العقار وحده دون المنقول ٠ غير أن هذا التعارض لم يكن له من أثر الا الغاء الحكم العام الوارد فى التقنين المدنى القديم الغاء ضمنيا فى شأن العقار وحده ٠ فبقى لهذا الحكم سريانه فى شأن المنقول ٠ وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضى بانتقال الملكية بمجرد التراضى قائما وساريا الا فيما جاء قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى بتخصيصه منه واخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل لانتقال ملكيته ٠

٢ ـ **التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام** : أما اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا وبين قواعد قانونية جديدة تضع حكما عاما ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد العام قد نسخ الحكم القديم الخاص ، بل يظل الحكم القديم الخاص قائما وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التى يضعها الحكم الجديد العام(١) ٠ فالعام اذن لا يلغى الخاص ، بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه ٠ ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمنيا الا بحكم خاص مثله متعارض معه(٢) ٠

---

(١) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ٩٤ ، ص ١٣٢ ٠

Aubry et Rau, t. I, 6ème éd. par Bartin, No. 29, p. 100. — Josserand; Marty et Raynaud; ibid.

سليمان مرقس ، الموضع السابق ٠

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 88, p. 102.

ومثال هذه الصورة أن القـــانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن ايجار الأماكن قد صـــدر متضمنا أحكاما خاصـة فى تنظيم العـلاقة بين المؤجرين والمستأجرين بمراعاة ظروف أزمة المساكن ، ثم صدر بعد ذلك التقنين المدنى الحالى الذى ابتدأ نفاذه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ متضمنا بين نصـــوصه نصوصا عامة فى شـــأن تنظيم عقد الايجار • فليس من شأن ذلك اعتبـار نصوص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ملغاة بنصوص الايجار الموجودة فى التقنين المدنى رغم ما بينهما من تعارض • اذ نصوص التقنين المدنى فى ذلك انما تضع أحكاما عامة لا تنسخ الأحكام الخاصة التى يتضمنها القـــانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، بل تظل هذه الأحكام الخاصة السابقة قائمة باعتبارهـا استثناء من الأحكام العامة اللاحقة التى جاء بها التقنين المدنى الحالى(١) •

ومثال هذه الصورة كذلك ، أن القـــانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ كان يقضى بأنه « ••• اذا كان المورث غير مسلم ، جاز لورثته فى حكم الشريعـة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقـــا لشريعة المتوفى » ، ثم جاء بعد ذلك التقنين المـــدنى سنة ١٩٤٩ مقررا أنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها (م ٨٧٥ و ٩١٥) • فليس فى الحكم العام الوارد بهذا التقنين وهو الحكم الأحدث أى نسخ أو الغـــاء للحكم الخاص الأقدم الوارد بقانون ســـنة ١٩٤٤ ، بل يظل هذا الحكم قائما وساريا يخول لغير المسلمين الاحتكام الى شرائعهم الدينية فى مسائل الميراث والوصية ، استثناء من القاعدة العامة التى يقررها التقنين المدنى والتى تقضى بأن تكون الولاية فى المواريث والوصـــايا للشريعة الاسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة فى هذا الشأن(٢) •

---

(١) أنظر فى ذلك :

كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٤٠٤ ـ ٤٠٥ ـ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٦ ، المجلد الثانى ، ١٩٦٣ ، فقرة ٥٦٧ ، ص ٨٨٨ ـ ٨٩٠ •

(٢) أنظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، هامش ص ٣٢٧ و ٣٢٩ و ٤٠٣ و ٤٠٤ •

ولكن قارن :

عبد المنعم فرج الصده ، نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٨ • ـ محمد على عرفة ، أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرات ٣٨٦ و ٣٩٦ •

(٢) تنظيم نفس الموضوع من جديد : والصورة الثانية من صور الالغاء الضمني أن تأتي قواعد قانونية تنظم من جديد نفس الموضوع الذى سبق أن نظمته قواعد قانونية قديمة ، اذ يستخلص من اعادة التنظيم أن القـــواعد القانونية الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التى لا تتعارض معهـــا(١) • وقد نص المشرع المصرى على هـــذه الصورة فى التقنين المـدنى الحالى (م ٢) • ولكن يراعى أن المشرع ينص غالبـــا ، فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع ، على الغـــاء التشريع السابق الذى كان ينظمه ، وهو بذلك يجعل الالغاء صريحا ، ولو قد سكت عن التصريح بالالغاء لتحقيق الالغاء ضمنيا من مجرد اعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد •

ومن أمثلة التصريح بالالغـــاء رغم أن الالغاء كان متحققا ضمنيا دون تصريح من مجرد تنظيم الموضوع من جديد ، نص المشرع المصرى فى القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات على الغاء القانون السابق المنظم للجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ •

١٨٣ ـ سلطة الغاء القاعدة القانونية

الأصل أن السلطة التى تملك الالغاء هى السلطة التى تملك الاصدار أو الانشاء . أو سلطة أعلى منها اذ من يملك الأكثر يملك الأقـل • ومن هنا ، فلا يتم الغاء قاعدة قانونية الا بقـــاعدة قانونية صادرة عن نفس المصـــدر الرسمى للقاعدة القانونية الملغاة أو عن مصدر رسمى أعلى منه •

وتطبيقا لهذا المبدأ ، فالقاعدة العرفية مثلا تلغيها قاعدة عرفية مثلها ، أو تلغيها قاعدة تشريعية باعتبار أن التشريع أعلى فى المرتبة من العرف اذ هو المصدر الرسمى الأصلى والعرف مجرد مصدر تكميلى له •

والقاعدة التشريعية لا تلغى الا بقاعدة تشريعية • غير أن التشريع نفسه كما سبق البيان درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، ولذلك ينبغى مراعاة هذا

---

(١) فى هذا المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج١ ، ص ١٩٦ •

التدرج بصدد الغاء كل درجة من درجات التشريع(١) . فالتشريع الأساسى يلغى بتشريع أساسى ، والتشريع العادى يلغى بتشريع عادى أو أساسى ، والتشريع الفرعى يلغى بتشريع فرعى أو عادى أو أساسى .

وقد سبق أن أشرنا الى أن العرف لا يملك - كقاعدة عامة - الغاء التشريع ، لأنه أدنى منه مرتبة ولا يملك الأدنى نسخ الأعلى . ومقتضى هذا القول عدم التسليم بما يذهب اليه بعض الفقهاء(٢) من امكان الغاء التشريع ونسخه عن طريق اهمال تطبيقه مدة طويلة أى عن طريق عدم اعماله (désuetude) . فليس اهمال التشريع وعدم اعماله مدة طويلة الا عرفا سلبيا مخالفا للتشريع ، والعرف كما سبق البيان لا يملك الغاء التشريع لأنه مجرد مصدر تكميلى له فيكون بالتبعية أضعف منه . فالتشريع اذن ما دام لم يلغ صراحة أو ضمنا بتشريع لاحق ، يظل قائما دون أن يعتبر تواتر اهمال تطبيقه نسخا أو الغاء له(٣) .

---

(١) أنظر تأكيد ذلك : نقض ٢٥ مايو ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٨ ، ع ٣ رقم ١٦٦ ص ١١٢١ .

(٢) أنظر خاصة :

Beudant et Béquignon - Lagarde, Cours de droit civil français, 2ème éd., t. I, No. 177 — Lebrun, thèse précitée, Nos. 433 - 448.

(٣) أنظر فى هذا خاصة :

مصر الابتدائية ١٧ أبريل ١٩٢٧ ، المحاماة ٨ ، رقم ١٥١ ، ص ٢٠٥ .

المبحث الثـــانى

تنازع القواعد القانونية فى الزمان(١)

١٨٤ – مشكلة التنازع الزمانى

اذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، فبديهى أن القاعدة الجديدة تسرى ابتداء من يوم نفاذها ، وأن القاعدة القانونية القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم الغائها ، وبذلك يتحـــدد النطـاق الزمنى لسريان كل من القاعدتين القديمة والجديدة · ويكون الأمر فى تحديد هـــذا النطاق الزمنى يسيرا هكذا ، اذا تعلق بمراكز قانونية تتكون وتترتب كل آثارها فى لحظـة واحدة ، اذ لا يتصـــور حينئذ قيام تنازع بشأن حكمهـا بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة ، فما تكون من مراكز وما ترتب من آثار فى ظل القـــاعدة القديمة يكون محكوما بداهة بهذه القـاعدة ، وما يتكون من مراكز أو يترتب من آثار فى ظل القـاعدة القانونية الجديدة يحكم بهذه القاعدة وحدها دون القاعدة القديمة ·

غير أن الأمر لا يعرض دائما بمثل هـذا اليسر ، فمن المراكز أو الآثار القانونية ما لا يتكون أو يترتب الا خلال فترة طويلة من الزمان ، وهنا يقوم التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القـانونية الجـديدة على حكم هذه المراكز وتلك الآثار باعتبار أنها ممتدة فى ظلهما معا · فمثلا اذا صدرت قاعدة قانونية جديدة بخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، فما حكم

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, théorie de la non rétroactivité des lois, t, I. 1929, t. II, 1933; Le droit transitoire, 1960. — Bonnecase, Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. II, Nos. 11 - 247, pp. 13 - 280. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. II, 2e. éd., 1928, Nos. 21, 21 a, 22. pp. 227 - 284. — Esmein, Cours de droit civil approfondi et comparé, 1943-1944.

ومقالنا « مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان » ، مجلة الحقوق ، السنة السـابعة ، العـدد الثالث والرابع ، ١٩٥٨ ، ص ٨٥ – ١٨٤ · – وكتابنا أصـــول القـانون ، فقرات ١٨٨ – ٢١٧ ، ص ٤٠٩ – ٥٠٩ ·

عقود القرض التى عقدت قبل نفاذها وفق الحد الأقصى القديم وتراخى بها التنفيذ الى ما بعد نفاذها ؟ . هل يلزم المدين بدفع الفائدة على أساس القاعدة القانونية القديمة أى على الأساس المرتفع ، أم ينسحب عليه حكم القاعدة القانونية الجديدة فلا يلزم بدفع فائدة أكثر من الحد الأقصى الجديد المنخفض ؟. وكذلك اذا كانت سن الرشد والأهلية لابرام التصرفات القانونية هى ١٨ سنة ، ثم رفعها قانون جديد الى ٢١ سنة ، فما حكم الأشخاص الذين كانوا راشدين قبل نفاذ هذا القانون اذا لم يكونوا قد بلغوا السن الجديدة المحددة فيه عند نفاذه ، هل يستمرون راشدين أم يعودون قاصرين ؟ وما حكم تصرفاتهم التى عقدوها قبل نفاذ هذا القانون أى وقت أن كانوا راشدين ، هل تظل صحيحة أم ينسحب عليها البطلان ان تقرر اعادتهم قاصرين ؟ . واذا كان للزوج المسلم حق طلاق زوجته بارادته ، فهل يبقى له هذا الحق اذا صدر قانون جديد يحرم الطلاق الا باذن من القاضى ، على اعتبار انه تزوج فى ظل قانون يعطيه حق الطلاق بارادته المنفردة ؟ .

تلك هى مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان . فعلى أى أساس يحل هذا التنازع ؟ وكيف يمكن التوصل الى تحديد المدى الزمنى لسريان كل من القواعد القانونية المتنازعة ، خاصة وقد غدت اليوم مشكلة هذا التنازع فى الطليعة من مشاكل تطبيق القانون ، بعد أن نشطت حركة التشريع(١) فى العصر الحديث نشاطا ضخما موفورا ؟ .

١٨٥ ـ مبدأ عدم رجعية القوانين

يقوم فى الأصل حل مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان على مبدأ قانونى قديم مشهور ، مقرر اليوم فى أغلب الشرائع والقوانين الحديثة ، هو مبدأ عدم رجعية القوانين **(La non-rétroactivité des lois)**

---

(١) لا تنحصر مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين فى نطاق التشريع وحده ، بل هى مشكلة عامة تثور فى صدد كل القواعد القانونية المتعاقبة أيا كان مصدرها (أنظر فى هذا المعنى : مقالنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٨٨ . وتكن قارن :
Roubier, op. cit., t. I, p. 6; No. 5, pp. 23 - 32.

بمعنى عـدم انسحاب القوانين الجديدة على المـاضى واقتصارها على حـكم المستقبل أى على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها . وهذا المبدأ من المبادىء المقدسة التى كسبتها الانسانية بعد جهاد طويل ، حتى غدا اليوم من تراثها الثابت ، سواء كان مسطوراً فى الدساتير والقوانين أو غير مسطور . وهو على أى حـال ، مقرر كمبدأ عـام بصريح النص فى الدسـاتير المصرية المتعاقبة(١) .

ويقوم هذا المبدأ على أساس من المنطق ، اذ القاعدة القانونية هى أمر أو تكليف بسلوك معين ، والتكليف أو الأمر لا يتصور توجيهه الى ما فات وانما الى ما هو آت . ففى الرجوع بالقاعدة القانونية الى المـاضى خروج اذن عـن المدى الزمنى لسريانها ـ وهو الذى يبـدأ من وقت نفاذها ـ واعتداء على اختصاص القاعدة القانونية القديمة بالانتقـاص من المدى الزمنى لسريانها الذى يمتد الى يوم انقضائها . وكذلك ففى انسحاب القـاعدة القانونية على الماضى ، اخـلال بالاستقرار الواجب للمعاملات واهدار للثقـة الواجبة فى القانون . فضلا عن أنه كثيرا ما تترتب للأفراد حقوق ومراكز وآثار قانونية فى ظل القواعد القانونية المعمول بها ، فلا ينبغى أن يكون تعديل هذه القواعد أو الغاؤها بقواعد قانونية جديدة فرصة للمساس بهـذه الحقوق والمراكز أو للانتقاص من تلك الآثار التى ترتبت صحيحة فى ظـل القواعد القـانونية القديمة .

ومع ذلك فمن المسلم اعطاء المشرع رخصة فى الخروج على مبـدأ عـدم الرجعية ، بنصه على الرجعية صراحة ، اذ قد تكون الرجعية فى بعض الحالات مما يقتضيه صالح الجماعة . والدساتير المصرية المتعاقبة قاطعة فى اعطاء هذا الحق للمشرع . ولكنها أصبحت تتشدد منذ دستور سنة ١٩٥٦ فتتطلب أن يتم تقرير الرجعية بتشريع عادى(٢) توافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الشعب

---

(١) م ٢٧ من دستور ١٩٢٣ ، وم ١٨٦ من دستور ١٩٥٦ و م ٦٦ من دستور ١٩٥٨ ، و م ١٦٣ من دستور ١٩٦٤ و م ١٨٧ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

(٢) فلا تجوز الرجعية ولو نص عليها صراحة فى تشريع فرعى (أنظر : سليمان مرقس ، الطبعة الثالثة ، فقرة ٩٩ ، ص ١٦٠) .

لا أغلبية الحاضرين منهم كما هو الأصل ، وذلك تأكيدا لخطورة الرجعيـة أمام ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار •

ولكن المشرع - على أى حال - مقيد بمبدأ عـدم الرجعية فيما يتعلق بقوانين العقوبات ، فلا يملك النص فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على رجعية هذا التشريع وانطباقه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعـال نظرا لما فى ذلك من اهدار خطير للحرية الفردية • وهذا ما تقرره الدسـاتير المصرية المتعاقبة وما يقرره تقنين العقوبات المصرى •

١٨٦ - عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع بينها في الزمان

اذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقدم عادة كأساس لحل التنازع بين القوانين في الزمان ، فيراعى أن تقرير هـذا المبدأ ليس كافيا بمفرده لحـل مشاكل هذا التنازع(١) • فلا يكفى أن يقرر كمبدأ أن ليس للقـانون الجـديد سلطان على الماضى ، بل يجب كذلك منع استمرار القانون القديم فى السريان بتقرير مبدأ سلطان القانون الجديد ابتداء من نفاذه أى مبدأ سـلطانه وأثره المباشر ، وبخاصة بالنسبة الى الوقائع التى تحدث ابتداء من هذا النفاذ وتكون مترتبة على أوضاع أو وقائع ماضية • ولكن هذا السلطان المباشر لا يمكن أن يكون كاملا ، اذ توجد أحوال تقتضى - خروجا على ذلك - الاعتراف للقـانون القديم بولاية مستمرة رغم انتهاء العمل به بابتداء نفاذ القانون الجديد •

١٨٧ - منهج البحث

اذا كان حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين لا يقوم فحسب عـلى مبدأ عدم الرجعية ، بل يقوم كذلك على تأكيد مبدأ السريان المباشر للقانون الجديد فيما عدا استثناءات قليلة يسمح فيها بأثر مستمر للقـانون القديم ،

---

(١) انظر فى ذلك خاصة :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 105.

فينبغى الوقوف على الأصول التى تحكم وتبين مبادىء حل هذه المشكلة ، ثم التعرف على الحلول الوضعية فى القانون المصرى لأهم مشاكل التنازع الزمانى ومدى اتفاقها مع تلك الأصول .

المطلب الأول

أصول حل مشكلة التنازع الزمانى

١٨٨ ـ تعدد النظريات الفقهية

تعتبر مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين من أعقد المشاكل القانونية التى واجهت الفقـــه . لذلك كانت محلا لاجتهاد كثير من الفقهاء فى سبيل التماس أصول لحلها ، فظهرت بذلك نظريات عديدة لارساء هــذه الاصول . ولســـوف نكتفى باستعراض نظريات ثلاث تعبر عن الاتجــاهات الرئيسية المختلفة(١) . أولاها النظرية القديمة التى ظلت سائدة فى الفقه ومطبقة فى القضاء فى فرنسا طوال القرن التاســـع عشر والتى عرفت باسم « النظرية التقليدية » ، وتقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . والنظريتان الأخريان نبتتا فى الفقه الفرنسى منذ أوائل القرن الحالى بعد تكشف قصور النظرية التقليدية مما أدى الى هجر الفقه لها : وقد ولدت النظرية الأولى منها عند بعض فقهاء القانون العام وبخاصة « ديجى » ، وقامت على أساس التفرقة بين المراكز القانونية الشخصية والموضوعية ، ولكن لم يكتب لها النجاح فى الفقه أو القضاء . والثانية ، تأصلت عند بعض فقهاء القــانون الخــاص ومن أظهرهم « روبييه » ، وهى التى تتجنب قصور النظريتين المتقــدمتين نتيجــة انحصارهما فى مبدأ عدم الرجعية ، فتفرق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقاعدة القانونية ، وقد انتهى الأمر بانتصار هذه النظرية فباتت لها الغلبة اليوم على بقية النظريات .

---

(١) أنظر فى نظرية أخرى للفقيه الفرنسى « بونكاز » .
Bonnecase, op. cit., t. II, Nos. 218 . 247, pp. 246 - 280.

الوجه الأول

النظرية التقليدية

فى التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل

١٨٩ - المبدأ هو عدم الرجعية ، اى عدم المساس بحق مكتسب

قلنا ان هذه النظرية كانت هى السائدة فى الفقـــه والقضاء الفرنسى طوال القرن الماضى ، بل ان بعض أحكام القضاء الفرنسى والمصرى على السواء لا تزال الى اليوم - رغم هجر الفقه لها - تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به من حلول فى مشاكل التنازع الزمانى بين القوانين ٠

وتقوم هذه النظرية أساسا على تقرير مبدأ عدم الرجعية للأسباب التى أوضحناها مبررة لهذا المبدأ ٠ وهى ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية اذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القاعدة القانونية القديمة ، أما اذا لم يستتبع هذا التطبيق الا المساس بمجرد الآمال التى لم ترتفع بعد الى مرتبة الحقوق المكتسبة ، فلا رجعية فيه ٠ بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تسرى حتى ولو خيبت آمالا تعلق بهـــا الرجاء فى المـاضى ، ولكنها لا تسرى اذا كان من شأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل ٠

فأساس هذه النظرية اذن هوالتفرقة بينالحق المكتسب (droit acquis) وبين مجرد الأمل (Simple expectative) ٠ والأول وحده دون الثـانى هو الذى لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجـــديدة به ، والا اعتبرت ذات أثر رجعى ٠ ولـكن ما هو منـاط التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ؟ ٠ الواقع أن أنصار هذه النظرية لا يتفقون على تعريف واحد للحـــق المكتسب(١) ، مما أضعف سند نظريتهم فى الفقه وجعلها هـــدفا سهلا قريبا للنقـد ٠ فالحق

---

(١) أنظر فى التعريفات المختلفة للحق المكتسب عند أنصار النظرية التقليدية :
Roubier, op. cit., t. I, No. 38, No. 35, p. 311.

المكتسب عند البعض منهم هو الحق الذي دخل ذمة الشخص نهائيـــا بحيث لا يمكن نقضه أو نزعه عنه الا برضاه ، وهو عند بعض آخر الحق الذى يقوم على سند قانونى ، وعند فريق ثالث هو الحق الذى يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضـــاء . أما مجرد الأمل فهو محض ترقب ورجـــاء فى اكتساب حق من الحقوق ، مما يفترض عدم اكتساب الحق بعد .

وأيا كان الرأى فى تعريف الحـــق المكتسب ومناط التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ، فأنصار هذه النظرية يضربون أمثلة يرونها توضـــح المقصود منه . فالارث مثلا يكون مجرد أمل طالما المورث بقيـد الحيـاة ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بوفاة المورث . ولذلك اذا صـــدر قانون جديد يعـــدل أنصبة الورثة ، فهذا القانون لا يمس حقوق الورثة المكتسبة فى ظل القانون القديم ، أى لا يسرى على التركات التى فتحت بوفاة المورث قبـــل نفاذه والا صـار رجعيا ، لأن وفاة المورث فى ظل القانون القديم أنشأت لورثته حقوقا مكتسبة فى تركته مما يمتنع معه على القانون الجديد نقضها أو المساس بهـا . أما اذا مات المورث بعد نفاذ القانون الجـــديد المعدل لأنصبة الورثة ، فيسرى على الورثة التعديل الجديد لأنه لم يكن لهم فى ظل القانون القديم - والمورث لم يمت بعد - حقوق مكتسبة ، بل كان لهم مجرد أمل فى الارث . وهو ما يجوز للقانون الجديد تحطيمه أو المساس به(١) .

وكذلك الحال فى الوصايا ، يسرى القانون الجديد على ما يستحـق منها بعد نفاذه ولو كانت محررة فى ظل القانون القديم ، ولا يسرى على ما استحق منها فى ظل القانون القديم(٢) . فلو كان القدر الجائز فيه الايصاء هو نصف التركة ، وحررت وصـــية بالنصف ، ثم صـدر قانون جديد يحدد نصاب الايصاء بالثلث فقط ، فان القانون الجديد - ان كان صدوره ونفاذه بعد وفاة الموصى - لا يسرى على الوصـــية ، فتظل صحيحة ونافذة فى النصف . لأن الموصى له قد اكتسب بموت الموصى حقا فى هذا النصف . وان كان صـدور

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, p. 123

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 133

القانون الجديد ونفاذه قبل وفاة الموصى ، فهو يسرى على الوصية المحررة فى ظل القانون القديم فلا تكون نافذة الا فى الثلث فقط ، لأن الموصى له - رغم تحرير الوصية فى ظل القانون القديم - لم يكن قد اكتسب بعد حقا فى الوصية اذ كان الموصى ما يزال حيا ، بل كان له مجرد أمل غير يقينى فى استحقاق الوصية يوما من الأيام ، فيملك القانون الجديد تفويته عليه أو الانتقاص منه .

وكذلك كل تقادم لم يكتمل فى ظل القانون القديم لا يعتبر حقا مكتسبا للمستفيد منه ، بل هو مجرد أمل عنده بالاستفادة منه عند اكتماله ، فيجوز للقانون الجديد نقضه أو المساس به ، دون أن يعتبر لذلك رجعى الأثر(١) .

١٩٠ - استثناءات مبدأ عدم الرجعية

تفسر النظرية التقليدية اذن مبدأ عدم الرجعية بعدم مساس القوانين الجديدة بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القوانين القديمة ، ولكنها تورد على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها المساس بالحقوق المكتسبة ، أى تجوز فيها رجعية القوانين الجديدة . وهذه الاستثناءات هى :

(أ) **النص الصريح على الرجعية** : ترى هذه النظرية أن مبدأ عدم الرجعية مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع . وهذا أمر مسلم فى الفقه بوجه عام . ومعناه أن للمشرع الحق فى أن ينسحب بالتشريع الجديد على الماضى اذا أراد ، وانما يجب عليه حينئذ - فى الرأى الراجح - النص صراحة على رجعية هذا التشريع ، فلا يكفى الاستناد فى ذلك الى ارادته الضمنية(٢) ، فاذ خلا التشريع من نص صريح على رجعيته ، فلا يملك القاضى تطبيقه على الماضى والمساس بما تم اكتسابه فيه من حقوق .

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 124

(٢) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 108. — Josserand, op. cit. t. I, No. 79 — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 150. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 305.

وهذا الاستثناء المجمع عليه في القانون الفرنسي رغم عدم وجود نص يقرره ، تنص عليه صراحة – كما سبق البيان – الدساتير المصرية المتعاقبة ، وهو استثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع إلى الماضي ونقض ما اكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار ، أي حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار في المعاملات ؛ ومن هنا ينبغي على المشرع القصد في استعمال ما له من حق النص على رجعية القوانين ، الا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون في سبيل تحقيقها الاخلال باستقرار المعاملات ٠

وأيا ما كان الأمر ، فهذا الاستثناء ليس مطلقا ، اذ المشرع مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بالقوانين الجنائية ٠ فلا يملك النص صراحة – في تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة – على رجعية هذا التشريع والعقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال ٠ وهذا هو المقرر في القانون المصري كذلك كما سلفت الاشارة ٠

(٢) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، تنسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضي فتحكم ما ارتكب قبل نفاذها من جرائم اذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقاب . ذلك أن حق الجماعة في تقرير الجرائم والعقاب عليها مرتهن بالصالح العام ، فاذا اقتضى هذا الصالح من بعد محو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فهو يقتضي كذلك افادة من ارتكبها في ظل القانون القديم من المحو أو التخفيف وسنرى من بعد أن افادة المجرم أو المتهم مما يصدر بعد ارتكابه الجرم من قوانين جنائية أصلح له ، أمر مقرر في القانون المصري (م ٥/٢ و ٣ عقوبات) ٠

(٣) القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب : لئن كان المبدأ أن سريان القانون الجديد مشروط بعدم المساس بالحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم ، فاستثناء من ذلك يسري القانون الجديد على الماضي فيمس الحقوق المكتسبة اذا كان متعلقا بالنظام العام أو الآداب ٠ فقواعد النظام العام والآداب

قواعد آمرة لا تجوز مخالفتها أو الوقوف في سبيل سريانها احتجاجا بحق مكتسب ، ولذلك تعتبر القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب - عند النظرية التقليدية - قوانين رجعية خروجا على مبدأ عدم رجعية القوانين(١) .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء(٢) - عند أنصار النظرية التقليدية - القوانين الخاصة بتعديل سن الرشد ، فهي عندهم قوانين ذات أثر رجعي لتعلقها بالنظام العام . فاذا صدر قانون برفع سن الرشد ، فهو يسرى فورا على كل الأشخاص الذين لم يبلغوا بعد عند نفاذه هذه السن الجديدة ، فيعتبرون قاصرين ابتداء من يوم نفاذه ، رغم سبق اعتبارهم راشدين في حكم القانون القديم .

وكذلك الحال في قوانين الغاء الرق ، فهي - لتعلقها بالنظام العام - تنسحب على الماضي ، فيتحرر كل الرقيق الموجود فور نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما لمالكيهم عليهم من حقوق مكتسبة . وكذلك الحال في القوانين التى تحرم الطلاق ، فانها - لتعلقها بالنظام العام - تسرى على من تزوجوا قبل نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما كان لهؤلاء من حق مكتسب في الطلاق .

غير أن بعض أنصار النظرية التقليدية لا يطلقون هذا الاستثناء ، بل يحدون منه على أساس حصر النظام العام الذى يبرر رجعية القوانين المتعلقة به في نطاق محدود أضيق من نطاقه العادى المعروف(٣) . وبذلك يوجدون - في صدد التنازع الزمانى بين القوانين - نوعا فرعيا من النظام العام له نطاق خاص محدود .

---

(١) أنظر في الاشارة الى رجعية هذه القوانين في منطق النظرية التقليدية :
Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 111.

(٢) أنظر في الأخذ بهذا الاستثناء في القانون المصرى :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٥٥ .

(٣) أنظر في الاشارة الى هذا الرأى وأنصاره :
Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 110.
ويذهب كذلك أستاذانا السنهورى وأبو ستيت الى الحد من هذا الاستثناء . فهما ان كانا

(٤) **القوانين التفسيرية** : يحدث أحيانا أن تختلف المحاكم على تفسير تشريع معين اختلافا كبيرا أو تأخذ في تفسيره بمعنى لم يكن يقصده المشرع . فلا يرى المشرع مناصا من التدخل بنفسه واصدار تشريع جديد يفسر به الحكم الوارد في التشريع الاول . وحينئذ يسرى التشريع الثانى . أى التشريع التفسيرى ، على الوقائع التى حدثت قبل صدوره فى ظل التشريع الأول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن التشريع الثانى ، بما يتضمن من تفسير التشريع الأول ، يعتبر جزءا منه ، فيكون طبيعيا اذن أن يمتد الى حكم الوقائع التى حدثت فى ظل التشريع الأول(١) ، فيلتزم القضاء بتطبيقه فى الدعاوى التى ما زالت منظورة أمامه بشأنها ، أما الدعاوى التى سبق الفصل فيها - قبل صدور التشريع التفسيرى - بأحكام نهائية ، فيمتنع تطبيقه عليها من بعد ، أمام قوة الأمر المقضى ، حتى ولو كانت هذه الأحكام قد أخذت بتفسير مخالف .

ويبدو أن أنصار النظرية التقليدية لا يفرقون فى صدد هذا الاستثناء بين ما يقصد به من التشريعات التفسير حقيقة وبين ما يتخذ منها تحت ستار التفسير وسيلة الى تغيير أو تعديل أحكام تشريعات سابقة ، ما دام المشرع يصفها بالصفة التفسيرية ، اذ هو يظهر بذلك ارادته فى رجعيتها ، وهو يملك فرض الرجعية اذا شاء(٢) .

١٩١ - تقدير النظرية التقليدية

تلك هى النظرية التقليدية فى حل التنازع الزمانى بين القواعد

يطلقانه فى صدد قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالنظام العام ، الا أنهما يحدان منه فى صدد ما يتعلق بالنظام العام من قوانين المعاملات ، فيفرقان بين « النصوص التى يقصد منها حماية مصلحة عامة - كالقانون الذى يعطى للأوراق المصرفية سعرا جبريا - ... فانها تسرى على العقود التى تمت قبل صدوره والتى اشترط فيها على المدين الدفع بالذهب ، وبين النصوص المعتبرة من النظام العام والتى تحمى مصالح خاصة - كالقانون الذى يخفض الحد الأقصى للفائدة - فانها لا تؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للقانون القديم » (عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٥ ، ص ١٩٨ و ١٩٩) .

(١) أنظر فى الاشارة الى تبرير النظرية التقليدية لهذا الاستثناء على هذا الأساس :
Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 468.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 108-110, et note (10)

القانونية على أساس مبدأ عدم الرجعية وفهم معنى الرجعية على أنه المساس بحق مكتسب . وقد لاقت هذه النظرية رواجا كبيرا فى الفقه والقضاء طوال القرن الماضى فى فرنسا ، حتى بدت حينذاك كأنها من المسلمات ، بل وما زال أثرها ملموسا الى اليوم فى أحكام القضاء - رغم تخلى الفقه الحديث عنها - حيث لا تزال تردد اصطلاحات « الحق المكتسب » و « مجرد الأمل » .

غير أن الواقع أن هـذه النظرية لا توفق فى اعطاء معيار محكم لمعنى الرجعية . فمعيار « الحق المكتسب » الذى ترى فى المساس به رجعيـة من جانب القانون الجديد ، معيار مبهم كل الابهام لا يفصح فى جـلاء عن معنى الرجعية . ولذلك تضاربت آراء أنصارها حول تعريفه ، حتى انتهى الأمر الى أن تغدو فكرة « الحق المكتسب » مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفا عدم المساس به(١) .

والأخذ بمعيار « الحق المكتسب » ينتهى كذلك الى نتائج غير مقبولة(٢) . اذ منطق تقرير مبدأ عـدم الرجعية وفهمه على أنه عـدم المساس بالحقـوق المكتسبة ، يقود الى القول بأن القوانين الجديدة لا تملك المساس بأى حق من الحقوق القائمة من قبل أو الغاءها أو تعديلها ، فلا تملك مثلا - بتعديل نظام الملكية - تطبيقه على الملكيات القائمة والا كانت رجعية . وتلك نتيجة غـير معقولة اذ القانون لا يكفل الى الأبد الابقـاء على الحقوق أو استعمالها مؤبدا بوضـعها القائم(٣) ، فضـلا عما فيهـا من سد البـاب أمام كل اصـلاح مستقبل(٤) .

---

(١) انظر فى ذلك :
Roubier, op. cit., t. I, No. 36, pp. 323, 324

(٢) انظر فيما يؤدى اليه التمسك بمعيار الحق المكتسب من نتائج غير معقولة فى صدد المراكز القانونية التى يحركها القانون الجديد وهى ما تزال فى دور التكوين بالنسبة لما تم من عناصر هذا التكوين فى ظل القانون القديم :
Roubier, op. cit., t. I, No. 36, p. 326.

(٣) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ - ١٠٣ .
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 285.

(٤) **Marty et Raynaud, op, cit., t. I, No. 108, p. 173.**

وفضلا عن عجز معيار الحق المكتسب الذى تعطيه هـذه النظرية ، نراها تخلط خلطا كبيرا بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقانون الجديد • فتم سريان لقوانين جديدة يعتبر فى منطق هذه النظرية تطبيقا رجعيا لهـا فى حين أن لا رجعيـة فى الامر ، اذ لا يعدو سريانهـا أن يكون تطبيقا مباشرا لا يرجع الى الوراء وانما يبتدىء من يوم نفاذها •

فالنظرية التقليدية ترى مثلا فى تطبيق القانون القـاضى بتحريم الرق على كل من يملك رقيقا وقت نفاذه وفى تطبيق القانون القـاضى برفع سن الرشد على من كانوا راشدين فى ظل القانون القديم ما داموا لم يبلغوا السن الجديدة بعـد ، أمثلة من التطبيق الرجعى للقـانون الجديد ، أى أمثلة من الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية يبرر على أساس تعلق هذه القوانين بالنظام العام • وذلك وهم خاطىء • فسريان القانون الجـديد فى الحالين ، انما هـو سريان مباشر لا سريان رجعى ، لانه سريان لا يتعرض للماضى فينقض ما تم فيه ، وانما يتعرض للمستقبل وحده فيطبق القانون الجـديد ابتداء من يوم نفاذه فحسب(١) •

والخلط بين الاثر الرجعى والاثر المباشر على هذا النحو ، هو الذى دفع النظرية التقليدية الى اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعيـة استثناء من مبدأ عدم الرجعية • وهو استثناء لم تكن بحاجـة الى تقريره . لو أنها بصرت بالفيصل الفـارق بين الأثر الرجعى والاثر المباشر للقـانون الجديد(٢) • فأكثر القوانين التى تراها هذه النظرية رجعية وتبيح رجعيتهـا استثناء ، هى فى حقيقتها قوانين تسرى بأثر مباشر فتتناول ما يقع فى ظلها ابتداء من يوم نفاذها دون تعقيب أو رجوع فيما تم قبل هذا النفاذ •

---

(١) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٣ و ١٠٤ •

(٢) ولو كان مثل هذا الاستثناء واجبا ، لانتهى الأمر ــ فى غير دائرة العقود ــ حيث قوانين النظام العام كثيرة ، الى اعتبار هذه الكثرة من القوانين رجعية فيما يتناوله فى الحقيقة سلطانها المباشر . ولما كان مفهوما حينئذ رفض رجعية القـوانين الجنائية كمبدأ أساسى مسلم وهى فى طليعة القوانين المتعلقة بالنظام العام • وهذا ما حدا ببعض أنصار هذه النظرية ــ كما سبق القول ــ الى أن يحدوا من مضمون « النظام العام » الذى تجوز رجعية القوانين المتعلقة به استثناء . على غير أساس قانونى أو منطقى معقول •

الوجه الثانى

نظرية ديجى(١)

فى التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية

١٩٢ ـ تمهيد

يرى « ديجى » أن اصطناع التفرقة التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، قد أسهم الى حد كبير فى تضخيم صعوبات تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين » ، وان مثل هذه الصعوبات ما كانت لتثور لو أطرحت فكرة الحقوق المكتسبة ولو فهم أن القوانين فى خطابها للأفراد انما تواجه أعمالا (Actes) أو مراكز (Situations) ، وأنه يجب لتحديد مدى تطبيقها فى الزمان التمييز فى شأنها بين ما تواجهه من هذه أو تلك(٢) .

١٩٣ ـ القوانين المتعلقة بالأعمال

يرى « ديجى » أن حل التنازع الزمانى بين القوانين المتعلقة بالأعمال حل بديهى ويسير لا يحتمل الخلاف . فكل عمل ـ سواء كان ماديا أو قانونيا ـ يحكم منطقا بالقانون الذى حدث فى ظله ويظل محكوما بمثل هـذا القانون وحده فلا يتأثر بأى تعديل قد يرد على هذا القانون من بعد(٣) .

وأهم تطبيق لهذا الحل هو أن القانون المنشىء لجريمة جديدة ، لا يجوز ـ والا كان رجعيا ـ العقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها طبقا للقانون السائد حينئذ .

والتصرفات القانونية التى تمت أو أبرمت طبقا لشروط القانون السائد وقت تمامها أو ابرامها ، تظل صحيحة دون أن يستتبع بطلانها صدور قانون

(١) راجع فى ذلك :
Duguit, op. cit., t. II, Nos. 21, 21 a, pp. 228-267.

(٢) Duguit, op. cit., t. II, No. 21, p. 231.

(٣) Duguit, ibid.

جديد يتطلب شروط صحة جديدة . ولذلك فان العبرة فى صحة الوصية تكون بالقانون الذى حررت فى ظله ، لا بالقانون الذى توفى الموصى فى ظله(١) .

١٩٤ - القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية

سبق أن أشرنا الى المنهاج التجريبى الذى أراد « ديجى » اخضاع القانون له ، وهو المنهاج الذى تأدى به الى انكار كثير من الأسس القانونية التقليدية وفى طليعتها فكرة الحق . وسوف نبسط القول من بعد فى شأن انكار هذه الفكرة . ولكن يعنينا فى هذا المقام أن « ديجى » خلص من انكار وجود ما يسمى بالحق الى القول بأن كل ما هنالك هو أن الأفراد يخضعون للقانون ، وأن نتيجة هذا الخضوع هى وجود كل منهم فى مركز قانونى معين ، اذ القانون ينشىء دعاوى أو وسائل قانونية معينة تهدف - بالحد من بعض الأفعال - الى كفالة مزايا لبعض الأفراد ، مما يضع هؤلاء الأفراد فى مركز قانونى معين ، دون أن يصح وصفهم لذلك بأنهم أصحاب حقوق كما كان يذهب الفقه التقليدى(٢) .

ومن فكرة « المركز القانونى » يستخرج « ديجى » الأصول التى يراها كفيلة بحل التنازع بين القوانين فى الزمان . وهو يفرق فى هذا الصدد بين نوعين من المراكز القانونية : المراكز الموضوعية ، والمراكز الشخصية . ويرى الرجعية منحصرة فى المساس بالمراكز الثانية دون الأولى .

(١) التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية : يرى «ديجى» أن المراكز القانونية التى يوجد الأفراد فيها اما « مراكز موضوعية » (Situations objectives) واما مراكز شخصية (Situations subjectives) ويقصد « ديجى » بالمراكز القانونية الموضوعية تلك التى تستمد من القانون مباشرة بحيث يستقل وحده بتحديد نطاقها ومداها . وأما المراكز القانونية

---

(١) Duguit, op. cit., No. 21, p. 235.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, p. 307.

الشخصية فتتولد مباشرة عن الارادة وتتحدد بها • واختلاف المصدر على هذا النحو ، هو الذى يعين خصائص ما يولده أو ينشئه من مراكز •

فلكون المراكز القانونية الموضوعية تستمد من القانون مباشرة وتتحدد به ، فانها تكتسب نفس صفاته وخصائصه من العموم والدوام والحجة فى مواجهة الكافة • وبذلك تواجه هذه المراكز صفات معينة لا أشخاصا معينين ، وتكون كالقانون مصدرها دائمة ، بمعنى أنها لا تنقضى بالقيام بعمل من الأعمال التى يبيحها القانون كمظهر لها • ومن أمثلة هذه المراكز الموضوعية : مركز الناخب ، ومركز الموظف ، ومركز المالك ، ومركز الزوج ، ومركز الابن الشرعى(١) •

أما المراكز القانونية الشخصية ، فلكونها تنشأ وتتولد عن الارادة مباشرة فانها تكون خاصة ومؤقتة • فهى خاصة بمعنى أنه لا يستطيع أن يدعيها الا شخص أو أشخاص معينون فرديا بالذات ، ولا تنتج أثرها الا فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين كذلك فرديا بالذات • وهى مؤقتة بمعنى أنه اذا تم الفعل المتعلق بها وسلكت وسيلة الدعوى التى تحميها ، فانها تزول دون أن تخلف أثرا أو تترك ثم مجالا لدعوى جديدة • والمثل البارز على هذه المراكز ، المراكز القانونية المتولدة عن العقد • ومن قبيل المراكز القانونية الشخصية كذلك المراكز المتولدة عن الارادة المنفردة ، مثل المراكز المتولدة عن أمر ادارى خاص(٢) •

(٢) الرجعية تنحصر فى المساس بمركز قانونى شخصى لا موضوعى

على ضوء التفرقة المتقدمة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية ، يبنى « ديجى » نظريته فى حل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فيذهب الى أن القوانين الجديدة لا تملك — والا أصبحت رجعية — المساس بالمراكز القانونية الشخصية ، بينما تملك دائما — دون أن تعتبر رجعية — المساس بالمراكز القانونية الموضوعية القائمة(٣) •

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 308-312.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 312-314.

(٣) Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 238.

واعتبار مساس القانون الجديد بمركز قانوني شخصي من قبيل الرجعية ، انما يقوم على أساس أن مثل هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه استقلالا عن القانون بتصرف ارادى فردى صحيح ومشروع وقت ابرامه . فيكون في تمكين قانون جديد من تعديل مثل هذا المركز الشخصي الموجود من قبل مساس بالتالى بالتصرف القانوني الذى ولده وفق القانون السائد وقت ابرامه ، ولا سلطان للقوانين الجديدة - والا أصبحت رجعية - على ما حدث قبل نفاذها من أعمال مادية كانت أو قانونية . فالقانون الجديد لا يملك اذن المساس بالمراكز القانونية الشخصية القائمة(١) ، لأنه لا يملك - دون رجعية - المساس بما ولدها وحددها من تصرفات ارادية سابقة على نفاذه(٢) .

وعلى العكس من ذلك لا يعتبر القانون الجديد رجعيا اذا مس مركزا قانونيا موضوعيا قائما ، لأن هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه بالقانون مباشرة ، بحيث يكاد يعتبر هو القانون نفسه من حيث تطبيقه ، فيكون من الطبيعى تأثره بكل تعديل يصيب القانون .

وعلى ذلك ، فالقوانين المعدلة للحالة وأهلية الأشخاص تنطبق حتى على الأشخاص الذين اكتسبوا هذه الحالة أو تلك الأهلية قبل نفاذها ولو كان اكتسابهم لها نتيجة عمل ارادى . فالقانون الذى يعدل حالة التجنس ، ينطبق - دون أن يعتبر رجعيا - حتى على الأشخاص المتجنسين قبل نفاذه . ولكن من الواضح أن المركز القانوني القائم لا يمسه التعديل الا من يوم نفاذ القانون الجديد(٣) .

والقوانين التى تعدل شروط التمتع بحق الانتخاب والترشيح ومباشرتهما تنطبق - دون رجعية - على الأشخاص المكتسبين من قبل نفاذها مثل هذه الحقوق ، فهم فى مركز قانونى موضوعى يمكن تعديله أو الغاؤه فى أية لحظة بقانون جديد(٤) .

(١) راجع فى تطبيقات هذا المبدأ :
Duguit, op. cit., t. V, No. 26, pp. 308 - 327.
(٢) Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, pp. 238, 239.
(٣) Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 241.
(٤) Duguit, op. cit., p. 244.

وكذلك فالقوانين التى تعدل نظام الزواج تنطبق - دون أن يكون لهـا أثر رجعى - على كل المتزوجين حتى ولو كانوا متزوجين قبل نفاذها ، كما هو الشأن فى قانون يبيح الطلاق بعد تحريمه أو يتوسع فى أسباب الطلاق ، لأن حالة الأشخاص المتزوجين مركز موضـوعى متفرع عن القـانون لا عن عقـد الزواج الذى لم يكن الا شرطا لتطبيق القانون على الأزواج(١) ٠

والقوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية تنطبق - دون رجعية - على كل الملكيات والحقوق العينية وقت نفاذها ، حتى ولو كانت متولدة نتيجة تصرفات قانونية مبرمة فى الماضى ٠ ولذلك فالقانون الجديد الذى يعدل مدة التقادم المكسب للملكية ينطبق حتى على أحوال التقادم الذى ابتدأ جريانه فى ظل القانون القديم ، لأنه يعتبر قانونا معدلا لنظام الملكية(٢) ٠

والقوانين التى تحكم مركز واختصاص الموظفين والمحاكم تنطبق على كل الموظفين حتى المعينين منهم قبل نفاذها ، وعلى كل المحاكم حتى المنشأة منها قبل هذا النفاذ(٣) ٠

١٩٥ - تقدير نظرية « ديجى »(٤)

يجب الاعتراف بأن نظرية « ديجى » تفضـل النظرية التقليدية وتعتبر تقدما ملحوظا فى التأصيل الفقهى لمشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان ٠

ولكن ذلك لا ينفى الغموض عن هذه النظرية فيما تتخذه أساسا لحـل هذه المشكلة من التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القـانونية الشخصية ٠ فيراعى من ناحية ، أن الصفات التى تقول هذه النظرية باختلافها فى النوعين من المراكز القانونية ليست كلها صحيحة ، فليس صحيحا القول

---

(١) Duguit, op. cit. p. 246.

(٢) Duguit, op. cit. p. 249.

(٣) Duguit, op. cit. p. 250.

(٤) انظر فى تفصيل نقد هذه النظرية خاصة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 346 - 358; No. 69, pp. 588 - 591.

وانظر كذلك :

Marty et Raynaud, op. cit. t. I, No. 106, p. 175.

بصفة مطلقة ان المراكز القانونية الموضوعية دائمة بينما المراكز القانونية الشخصية موقوتة(١) • ويراعى من ناحية ثانية ، أنه ليس صحيحا القول بأن المراكز الموضوعية تصدر مباشرة عن القانون ، اذ القانون انما يقتصر على تحديد المراكز القانونية بصفة مجردة ، ولكن لا بد - لكى تتحقق هذه المراكز المجردة واقعيا — من تدخل وقائع قانونية معينة من فعل الطبيعة أو فعل الانسان(٢) ، وهذا ما لبث أن أدركه « ديجى » وحاول تفاديه عن طريق القول بأن هذه الوقائع تكون شرطا لتطبيق القانون فيما يحدده من مراكز •

ولذلك فاذا كانت هذه النظرية تجعل فى الظاهر معيار التفرقة بين المراكز الموضوعية والشخصية هو المصدر الذى يولد ويحدد كلا من النوعين من المراكز ، فحيث يكون هو القانون يكون المركز موضوعيا ، وحيث يكون هو الارادة يكون المركز شخصيا ، الا أنها فى الحقيقة لا تعتد بهذا المعيار بقدر ما تعتد بالصفة الفردية الخاصة الموقوتة أو بالصفة العامة الدائمة للمركز القانونى • وهنا يبدو عدم دقة التفرقة ، اذ ثمة مراكز قانونية تكون لها الصفة الخاصة الموقوتة ، كمركز محدث الفعل الضار ، ومع ذلك لا تعتبر عند هذه النظرية مراكز قانونية شخصية بل مراكز قانونية موضوعية • وفى اعتبارها كذلك ، ما يجعل للقانون الجديد — دون وصفه بالرجعية — سريانا عليها ومساسا بها ، رغم ما فى ذلك من تناقض مع ما تقدمه هذه النظرية من أن الأفعال والأعمال تحكم بالقانون الذى تحدث فى ظله بحيث لا يملك القانون — دون رجعية — المساس بما حدث قبل نفاذه منها • وهذا يكشف عن عدم وجود فاصل دقيق — عند هذه النظرية — بين الأعمال وبين ما يتولد عنها من مراكز قانونية •

وكذلك فان هذه النظرية تكاد تهدر ما تقرره من ضرورة احترام القانون الجديد للمراكز الشخصية ، حينما تعتبر الدعاوى التى تحمى هذه المراكز مجرد خلق من صنع المشرع بحيث تخضع دائما لأى تعديل قد يأتى به(٣) •

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 349, 350.

(٢) Roubier, op. cit., p. 350.

(٣) Roubier, op. cit., t. I, note (1), pp. 353, 354.

الوجه الثالث

النظرية الحديثة

فى التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر(١)

١٩٦ - تمهيد

على أساس البصر بالتمييز بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقاعدة القانونية ، قامت نظرية جديدة لقيت وما زالت تلقى فى الفقه رواجا كبيرا بعد أن تخلى الجانب الاكبر منه عن تأييد النظرية التقليدية ، دون أن ينحاز الى نظرية « ديجى » . وقد كان للفقيه الفرنسى الكبير « روبييه » فضل كبير فى بسط هذه النظرية والدعوة اليها فى كتابة القيم من جزئين عن تنازع القوانين فى الزمان(٢) . وسنعتمد آراءه فى ايضاح هذه النظرية - وان كانت تختلف فى شأن بعض التفصيلات الجزئية عن آراء بعض أنصارها الآخرين - اذ يبقى جوهر النظرية واحدا هو التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد .

ونقطة البدء عند هذه النظرية أن القانون الجديد له أثر مباشر أى يسرى ابتداء من يوم نفاذه ، وليس له أثر رجعى ، أى لا يسرى على ما يسبق يوم نفاذه . فسريان القانون الجديد فى الزمان اذن له وجهان : وجه سلبى هو انعدام أثره الرجعى ، ووجه ايجابى هو أثره المباشر . فتتكلم أولا فى الوجه السلبى لسريان القانون الجديد فى الزمان ، ثم فى وجهه الايجابى .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, 2 vols., 1929-1933.

وانظر كذلك :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 48 - 62. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 106 - 109. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 278 - 315.

(٢) أنظر فى الاشارة الى هذا الكتاب الهامش السابق .

وقد أصدر المؤلف اخيرا طبعة ثانية مركزة لهذا الكتاب بعنوان :

Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps).. 1960.

ولكن اشاراتنا سوف تنصرف أساسا الى الطبعة الأولى للكتاب بجزئيه .

١ ــ انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد

١٩٧ ــ القاعدة هي عدم الرجعية

المبدأ أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي ، بمعنى أنه لا يرجع فيما تم في ظل الماضي • فهو لا يملك اعادة النظر فيما تم في ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء « مركز قانوني » (Situation juridique) (١) أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو من ترتب آثار معينة على مركز قانوني • فالعبرة اذن هي بمعرفة تاريخ تكون أو انقضاء المركز القانوني أو توافر ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو تاريخ ترتب الآثار عليه • فان كان المركز القانوني قد تكون أو انقضى أو توافرت بعض عناصر تكونه أو انقضائه في ظل القانون القديم ، فلا يمس القانون الجديد هذا الانقضاء أو ذلك التكوين أو تلك العناصر ، والا كان رجعيا• وان كانت الآثار المتولدة من مركز قانوني قد ترتبت قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تأثير للقانون الجديد عليها ، اذ ليس له أثر رجعي • ونفصل ذلك فيما يلي :

(١) تكوين أو انقضاء المراكز القانونية : نفرق في ذلك بين حالتين :

١ ــ لا تسرى القوانين المتعلقة بشروط تكوين أو انقضاء المراكز القانونية على المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت فعلا قبل نفاذها ، فمن الرجعية أن ينقض القانون الجديد ما تم قبل نفاذه من تكون أو انقضاء صحيح لمركز من المراكز القانونية(٢) •

ومن هنا ، فالتصرفات القانونية التي أبرمت مثلا عرفية في ظل قانون لا يشترط الرسمية ، يظل ابرامها صحيحا رغم صدور قانون يخضعها للشكل

---

(١) يفضل الأستاذ « روبييه » اصطلاح « المركز القانوني » على غيره من الاصطلاحات • اذ يراه أوسعها جميعا في هذا الصدد • فهو أفضل عنده من اصطلاح « الحق المكتسب » ذي الصفة الشخصية الظاهرة ، بما يتيح صرفه الى مثل مركز القاصر والمحجور • وهو أفضل عنده كذلك من اصطلاح « الرابطة القانونية » (rapport juridique) الذي يعني عادة وجود علاقة مباشرة بين شخصين ، اذ قد يكون المركز القانوني منفردا وحجة في مواجهة الكافة •
(أنظر : Roubier, op. cit., t. I, No. 42, p. 378)

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 44, pp. 385, 386.

الرسمي . واكتساب الملكية الذى تم - فى ظل قانون معين - بمضى مدة وضع اليد المقررة فيه ، لا ينقضه صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل هذه المدة(١) . وانقضاء دين فى ظل قانون معين بمضى مدة التقادم المقررة فيه ، لا يؤثر فيه صدور قانون بعد ذلك يطيل هذه المدة .

٢ - أما اذا كانت المراكز القانونية تحتاج الى وقت طويل للتكوين أو الانقضاء ، أو كانت تحتاج فى ذلك الى اجتماع عدة عناصر لا تكتمل فى وقت واحد عادة . وصدر قانون جديد يعدل من شروط التكوين أو الانقضاء قبل تمامه ، فلا يملك القانون الجديد - والا صار رجعيا - اعادة النظر فى عناصر التكوين أو الانقضاء التى اجتمعت وتوافرت فعلا فى ظل القانون القديم .

فالمركز القانونى الناشىء عن الوصية مثلا ، لا يتكون الا باجتماع عنصرين ، ابرام الوصية من ناحية ، ووفاة الموصى من ناحية أخرى . فاذا صدر قانون جديد بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصى ، فلا يمس هذا القانون ما تم من ابرام الوصية والا كان ذا أثر رجعى ، لأن ابرام الوصية قد تم فى ظل القانون القديم ، فيرجع اليه وحده فى شأن صحة ابرامها ، أى فى شأن صحة صدورها فى الشكل القانونى وتوافر الأهلية اللازمة فى الموصى . أما ما عدا ذلك فيخضع للقانون الجديد تطبيقا لأثره المباشر . لأن تكوين المركز القانونى الناشىء عن الوصية لم يتم - رغم ابرامها فى ظل القانون القديم - الا بموت الموصى الذى حدث فى ظل القانون الجديد . ومن هنا يرجع فى تقدير النصاب الجائز فيه الايصاء مثلا الى القانون الجديد ، فاذا كانت الوصية بنصف التركة - وهو النصاب القانونى للايصاء طبقا للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله الوصية - لم تنفذ الا فى الثلث ، اذا كان القانون الجديد يحدد نصاب الايصاء بثلث التركة(٢) .

وفى التقادم مثلا - وهو يحتاج الى مدة طويلة - لا يسرى القانون

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 386

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 45, p. 388.

الجديد ، الذى يصدر بعد بدئه وقبل تمامه ، على ما يجتمع فى ظــل القانون القديم من العناصر التى تهم تكوينه وتكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة(١). ولذلك يكون المرجع فى شأن ما يحدث قبل نفاذ القانون الجديد من قطع أو وقف للتقادم الى القانون القديم الذى تم القطع أو الوقف فى ظله(٢) . ومن هنا فالقانون الجديد ـ رغم عدم تمام تكوين أو انقضاء المركز القانونى الا فى ظله ـ لا يملك ازاء انعدام أثره الرجعى ، الا التسليم بالعناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء كما توافرت واجتمعت فعلا فى ظل القانون القديم .

(٢) ترتب الآثار القانونية : تسرى القوانين المتعلقة بآثار مركز قانونى على ما ترتب من آثار قبل نفاذها أى فى ظل القـــانون القديم . فاذا كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ثم صدر قانون يعلق انتقالها على تسجيل العقد ، فهذا القانون لا يسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه ، ولا يمس الآثار التى ترتبت عليها ، أى لا يمس ما حصل فعلا من انتقــال الملكية فى ظل القانون القديم . واذا كان الطلاق جائزا ، ثم صدر قانون بتحريمه ، فلا تأثير لهذا القانون على ما وقع من طلاق قبل نفاذه ، ولا على ما ترتب على هذا الطلاق فى ظل القانون القديم من انحلال الزواج .

أما الآثار التى تستمر وقتا طويلا ، فما تم منها فى ظل القانون القديم لا تأثير للقانون الجديد عليه لأنه لا يملك الرجوع فيما تم ، وما لم يتم منها فى ظل القانون القديم يخضعه القانون الجديد لأثره المباشر فلا يعتبر ذلك رجعية منه . فالطلاق مثلا تترتب عليه بعض آثار تستمر وقتا طويلا كالنفقة وحضانة الأولاد . فاذا صـــدر قانون جديد يعدل من هــذه الآثار ، فلا تأثير له على ما استحق فعلا من نفقة للمطلقة ولا على ما تم فعلا من حضانة الأولاد فى ظل القـــانون القديم . انما يسرى القانون الجديد على النفقة والحضانة ابتداء من

---

(١) ولذلك فان مدة التقادم التى ابتدأ جريانها فى ظل قانون معين ولكن دون أن تكتمل لا تكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة اذ لا تثبت لها مثل هذه القيمة الا عند تمامها ، ولذلك يملك القانون دائما ـ دون رجعية ـ تعديلها قبل تمامها (أنظر :
Roubier, op. cit., t. I, No. 45, pp. 390, 391.

(٢) Roubier, op. cit., No, 46, p. 389.

وقت نفاذه ، أى يسرى على كل طلاق صدر فى ظل القانون القديم ما دامت آثاره المتعلقة بالنفقة والحضانة لم تستنفد بعد بل ما زالت مستمرة فى ظل القانون الجديد • وليس فى هذا السريان أى أثر رجعى ، لأن القانون الجديد لا يعيد النظر فيما تم فى الماضى من طلاق وانحلال للزواج ، ولا فيما ترتب على ذلك من آثار فى ظل القانون القديم أى فيما استحق من نفقة وتم فعلا من حضانة ، وانما يكون لهذا السريان أثر مباشر لأنه ينسحب فقط على ما يترتب من هذه الآثار بعد نفاذه(١) •

١٩٨ - استثناءات عدم الرجعية

المبدأ اذن أنه ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، أى ليس له أثر على ما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى أو ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب فى ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى •

ولا يرد استثناء على هذا المبدأ الا حيث ينص المشرع صراحة على الرجعية ، وحيث يكون القانون الجديد تفسيريا(٢) • وفى هذين الاستثناءين تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية •

غير أن النظرية الحديثة لا تسلم بالاستثناءين الآخرين اللذين توردهما النظرية التقليدية على مبدأ عدم الرجعية • فهى لا تقر رجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب ، خاصة وأن من أهم هذه القوانين القوانين الجنائية التى ينعقد الاجماع على تحريم رجعيتها كقاعدة عامة(٣) •

وهى لا تقر كذلك اعتبار سريان القوانين الجنائية الأصلح للمتهم - على ما يقع قبل نفاذها من أفعال - سريانا رجعيا • فالمركز القانونى المترتب

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 47; t. II, No. 108, 331, 332.

(٢) تبرر النظرية الحديثة رجعية القوانين التفسيرية على أساس ما لها من صفة خاصة ناشئة عن تحول المشرع فيها الى مجرد مفسر للقانون ، كالقاضى سواء بسواء • ولذلك يكون لهذه القوانين من الرجعية ما لتغير أحكام القضاء من رجعية ومن مدى لهذه الرجعية ، أى تكون رجعيتها بالنسبة لما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا •
Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 473.

(٣) Roubier, op. cit., t. I, No. 68, pp. 589, 590; t. II, No. 87, pp. 109 - 115.

على الجرم لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الجرم بل لابد من صدور حكم قضائي. ولذلك اذا صدر قانون جديد - بعد ارتكاب الجرم وقبل صدور الحكم القضائي - بمحو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فيسرى هذا القانون بما له من أثر مباشر ، لأن الجرم - ان كان قد ارتكب في ظل القانون القديم - الا أن المركز القانوني الناشيء عنه لا يتم تكوينه الا في ظل القانون الجديد(١) .

٢ - الأثر المباشر للقانون الجديد

١٩٩ - ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ أثره المباشر

ترى النظرية الحديثة أنه اذا كان من المقرر أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي (effet rétroactif) ، أي لا يمس ما تم في الماضي ، فمن الخطأ الاقتصار - كما تفعل النظرية التقليدية - على مجرد تقرير هذا المبدأ ، اذ هو وحده لا يكفي لحل التنازع بين القوانين في الزمان . فلئن كان مبدأ عدم رجعية القانون الجديد يمنع سريانه على ما تم من مراكز وآثار قانونية في ظل القانون القديم ، الا أنه لا يفيد في بيان أي القانونين - القديم أو الجديد - هو الأولى بالتطبيق والسريان في شأن المراكز القانونية الجارية ، أي في شأن ما يقع بعد نفاذ القانون الجديد ، ويكون مترتبا على ما تم في ظل القانون القديم ، سواء لاستكمال تكوين أو انقضاء مركز قانوني أو لاستمرار ما ابتدأ في الترتب من آثاره . لذلك ينبغي - الى جنب مبدأ عدم رجعية القانون الجديد - تقرير مبدأ أثره المباشر ، منعا لاستمرار القانون القديم في السريان بعد نفاذ القانون الجديد ، أي تقرير مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه ، حتى

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 129, pp. 543 - 549.

ويرى الأستاذ « روبييه » على العكس من ذلك أن القوانين الجنائية التي تنشيء جريمة جديدة أو تشدد العقاب على جريمة قائمة ، تكون رجعية اذا طبقت على أفعال ارتكبت في الماضي . ذلك أنه اذا كان للقانون الجديد دون رجعية سلطان على المصير المستقبل لمركز قانوني جار بمنعه من التكوين أو بالتضييق من آثاره ، فانه لا يملك دون رجعية أن يجعل الجزء الذي توافر من هذا المركز في الماضي منتجا لآثار لم يكن ينتجها في ظل القانون القديم أو لآثار أقوى مما كان يستطيع انتاجه فيه (Roubier, op. cit., t. II, No. 129, p. 547)

ولو كان مترتبـــا على وقائع أو مراكز نشأت فى ظل القانون القـــديم(١) ٠ وتقرير مبدأ الأثر المباشر للقـــانون الجديد على هذا النحو يؤدى الى تحقيق ما يقتضيه النظام فى الدولة من وحـــدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة ، ويتفادى ما يؤدى اليه المبدأ العكسى وهو مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم من ازدواج أو تعدد الأنظمة القانونية فى حكم مراكز متماثلة(٢) ٠

فالقـــانون الجـــديد اذن ـ بما له من أثر مباشر (effet immédiat) ـــ تبدأ ولايته من يوم نفاذه ، ليس فقط على ما سوف ينشأ من مراكز قانونية فى ظله ، فذلك بديهى ٠ ولكن كذلك على المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم ولم يتم هذا التكوين أو الانقضاء الا فى ظل القانون الجديد ، وعلى الآثار المستقبلة لمركز قانونى سابق تكون أو انقضى فى ظل القانون القديم ، أى على الآثار التى تترتب على هذا المركز ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ٠

(١) تمام ما بدأ فى الماضى من تكون أو انقضاء المراكز القانونية : يسرى القـــانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على المراكز القانونية التى يتم تكوينهـــا أو انقضاؤها فى ظله ، وان كان هـــــذا التكوين أو الانقضاء قد بدأ فى ظل القانون القديم ، بمعنى أن القانون الجديد يكون له أثر مباشر على عناصر هذا التكوين أوالانقضاء التى تتم فى ظله ، أما العناصر التى تمت فى ظل القانون القديم فلا يمسها القانون الجديد ـ كما سبق البيان ـ لانعدام أثره الرجعى -

ومن هنا فالقانون الذى يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الموصى ، يسرى بما له من أثر مباشر ـ أى باعتباره القـــانون الذى استحقت فى ظله الوصية بموت الموصى بعد نفاذه ـ فى شأن صحة الوصية من حيث الموضوع أى من حيث القدر الجائز فيه الايصاء ومن حيث صحة الشروط التى تتضمنها الوصية مثلا ، ولكنه لا يسرى فى شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصى

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 65, pp. 547 - 557.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 565 - 566.

أو من حيث الشكل ، لأنها حررت منه في ظل القانون القديم فتكون محكومة من هذين الوجهين به •

والقانون الذى يصدر بعد بدء التقادم وقبل اكتماله ، هو الذى يسرى عليه بما له من أثر مباشر لأن اكتمال التقادم يتم في ظله ، ولكن دون مساس بما توافر من عناصره في ظل القانون القديم • فيخضع التقادم الجارى اذن للقانون الجديد ، فتطول مدته عن المقرر فى القانون القديم ، ان أطيلت فى القانون الجديد(١) •

(٢) الآثار المستقبلة للمراكز القانونية الماضية : يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على الآثار المستقبلة أى التى تترتب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت فى الماضى • أما الآثار الماضية أى التى ترتبت فعلا على هذه المراكز فى ظل القانون القديم ، فقد قلنا ان القانون الجديد لا يملك المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية •

فالقانون الجديد الذى يصدر معدلا لشروط نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد ، يسرى بمقتضى أثره المباشر ـ كما سبقت الاشارة ـ على كل نفقة أو حضانة مستقبلة مترتبة على طلاق صادر فى ظل القانون القديم ، وان يكن لا تأثير له على ما استحق من نفقة وتم من حضانة قبل نفاذه • والقانون الذى يحرم الطلاق يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل زواج قائم عند بدء نفاذه أى على كل المتزوجين فى ظل القانون القديم ، وان كان لا يملك ابطال ما تم من طلاق قبل نفاذه •

والقانون الذى يصدر معدلا لنظام الملكية وآثارها ، يسرى بمقتضى أثره

---

(١) أما ان قصرت المدة فى القانون الجديد ، فيراعى أن لا يؤدى سريان القانون الجديد الى اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم . والا كان فى ذلك رجعية من القانون الجديد ، أو الى اطالة مدة التقدم عن المدة الأطول المقررة فى القانون القديم . ما دام القانون الجديد يقصر المدة • ولذلك فالأصل أن يتم التقادم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ، الا اذا كانت المدة المقررة فى القانون القديم تكتمل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم باكتمال مدته • انظر :

Roubier, op. cit., t. II, No. 90, pp. 242, 243; t. I, p. 391, note 'I'.

المباشر على كل الملكيات الموجودة وقت نفاذه ، أى يسرى عليهـا بالنسبة الى المستقبل وحده • أما الآثار التى ترتبت فى المـاضى ، فلا سلطان له عليها لانعدام أثره الرجعى •

٢٠٠ - الخروج على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد باخضاع المراكز العقدية الجارية للأثر المستمر للقانون القديم

قلنا ان القانون الجديد يسرى بما له من أثر مباشر على المراكز القانونية السابقة والتى ما زالت جارية فى ظله ، سواء من حيث تمام ما بدأ قبل نفاذه من تكوينهـا أو انقضائها أو من حيث آثارها المستقبلة التى تترتب منذ هذا النفـاذ • غير أنه يرد على هذا المبدأ استثناء وحيـد خاص بالعقـود • فالمراكز العقدية الجـارية **(Les situations contractuelles en cours)** التى تم تكوينها قبل نفاذ القانون الجديد وظلت قائمة ومنتجة لآثارها عند هذا النفاذ ، تظل محكومة بالقانون الذى تكونت فى ظله دون أن تخضـع للأثر المباشر للقانون الجديد • وبذلك يحل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية ، فيستمر القانون القديم - رغم تعديله أو الغائه - فى حكمها بعد نفاذ القانون الجديد ، سواء فيما يتعلق بآثارها المستقبلة أو طرق انحلالها وانقضائها(١) •

(١) **تبرير الاستثناء** : تؤسس النظرية الحديثة هذا الاستثناء على انتفاء الحكمة من اعمال الأثر المبـاشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقـدية الجارية • فالأثر المباشر للقانون الجديد انما يبرر عندها بما يحققه من وحدة القانون فى الدولة ، تلك الوحدة التى هى أساس النظام فى الروابط والعلاقات القانونية ، فلو لم يطبق مبدأ الأثر المباشر ، لتعددت القواعد القانونية التى تحكم مراكز قانونية متماثلة مما يشيع الفوضى والاضطراب فى المعـاملات • بينما الأصل فى المراكز العقدية ، هو تفاوتهـا وتنوعها تنوعاً كبيراً نتيجـة لما لارادة الأفراد من سلطان فى تحديدها ، ولذلك فليس لاعمال الأثر المباشر

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 85, p. 89; No. 152, p. 769.

ـ وهو الذى يهدف الى توحيد القواعد القانونية التى تحكم المراكز المتماثلة ـ من فائدة بشأنها ، فيبقى للقانون الذى تكونت فى ظله سريانه عليهـا حتى بعد نفاذ القانون الجديد(١) ٠

(٢) مدى الاستثناء : اذا كان للقانون القديم أثر مستمر فى شأن طرق انحلال أو انقضاء المراكز العقدية الجارية وفى شأن آثارها المستقبلة فليس هذا الاستثناء بالمطلق ، بل هو محدود فى مداه بقدر الحكمة من تقريره ٠ وقد رأينا هذه الحكمة كامنة فى تنوع واختلاف المراكز العقدية اختلافا تنتفى معه الحاجة الى اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأنها بما يقوم عليـه من توحيد القواعد القانونية التى تحكم مراكز متماثلة ٠ ولذلك فحيث تتحدد هذه المراكز ـ رغم استنادها الى عقد من العقود ـ بمقتضى القانون وحـده ومباشرة ، لا توجد حكمة ـ ووحدتها مفروضة بالضرورة ـ فى اعفائها من سلطان الأثر المباشر للقانون الجديد واخضاعها للأثر المستمر للقانون القديم استثناء ٠ أما حيث تستقل الارادة بتنظيم هذه المراكز وتحديد آثارها ، فان هذه المراكز تكون بالطبيعة مختلفة ومتفاوتة بتفـاوت العقود وتفاوت ارادة الأفراد ، ممـا تنتفى معه الحـاجة الى توحيدها باخضاعها للأثر المبـاشر للقانون الجديد ، فلا يوجد حينئذ حرج فى استمرار خضوعها ـ بعد نفـاذ القانون الجديد ـ لسلطان القانون القـديم ٠ والبصر بذلك يقود الى التفرقة بين **العقد أو المركز العقدى** وبين **النظام القانونى**(Le statut légal) (٢) ٠ فحيث يتعلق الأمر بنظام قانونى ، تبقى العقود الجارية محكومة ـ فى آثارها المستقبلة وطرق انحلالها ـ بالقانون الجديد طبقا لمبدأ أثره المبـاشر دون أن يجرى عليها حكم الاستثناء المقرر وهو الخضوع للأثر المستمر للقانون القديم ٠ وبذلك ينحصر الأثر المستمر للقانون القـديم فى حكم العقود الجارية حيث لا يتعلق الأمر بنظام قانونى معين ٠

وعلى ذلك يكون اعمال مبدأ الأثر المباشر للقـانون الجديد أو اعمـال

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 68, pp. 565-568; No. 69, pp. 597-600.

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 88, p. 108.

الاستثناء الوارد عليه بتقرير أثر مستمر للقانون القديم مرتهنا بوجود أو عدم وجود نظام قانوني ، وذلك دون اعتبار لما قد يكون للقانون الجديد من صفة آمرة لتعلقه بالنظام العـــام والآداب • فتظل العقـــود خاضعة فى آثارها المستقبلة وطرق انحلالها للقانون القديم وحده حتى ولو كان القانون الجديد آمرا متعلقا بالنظام العـــام والآداب(١) ، طالمـا أنه لا يخص أو يمس نظاما قانونيا أى طالمـــا أنه يقتصر على دائرة العقود ويخاطب أطرافهـا بوصفهم متعاقدين فحسب •

ولذلك فرغم تعلق القـــانون الصادر بتخفيض الحـد الأقصى للفـائدة الاتفاقية بالنظام العام ، فلا مساس له بالفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى عقود مبرمة فى ظل قانون قديم على أســـاس ما كان يقرره من حـــد أقصى مرتفع(٢) فتظل هذه الفوائد واجبة الدفع — بعد نفاذ القانون الجديد وتخفيضه حدها الأقصى — على أساس الحد الأقصى القديم ، لأنه الحد الذى كان مشروعا وقت انعقاد العقد ، والمراكز العقدية تظل محكومة دائما فى آثارها المستقبلة بالقانون الذى تكونت فى ظله رغم صدور قانون جديد معدل لهذه الآثار طالما أنه لا يتعلق بنظام قانونى • ولا يوجد هنا نظام قانونى ، اذ لا يهدف القانون الجديد الا الى تحديد الاتفاقات العقدية الممكنة والحد من سلطات المتعاقدين فى هذا الشأن ، فهو محصور اذن فى نطاق العقـــد ويخاطب الأفراد بوصفهم متعاقدين فحسب(٣) •

ولكن القوانين المتعلقة بالزواج تتناول بأثرها المباشر كل زواج قائم عند

---

(١) Roubier, op. cit., I, No. 72, pp. 620-623; t. II, No. 84, p. 78, et s, No. 87, pp. 120, 121.

(٢) وعلى العكس من ذلك ، يطبق القانون المخفض للحد الأقصى لسعر الفوائد القانونية على الديون — حتى العقدية — الناشئة قبل نفاذه ، ولكن بالنسبة لما يستحق من هذه الفوائد بعد هذا النفاذ • اذ القانون الجديد لا يعتبر متعلقا بالعقود أو قاصرا عليها ، بل هو يخص كل حقوق الدائنية أيا كان مصدرها عقديا أو غير عقدى ، فيكون لذلك متعلقا بالنظام القانونى للالتزامات (Roubier, op. cit., II, No. 78, pp. 21 - 28 ; No. 87, p. 120).

(٣) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, p. 624 ; t. II, No. 87, p. 120.

نفاذها ولو كان معقودا قبله ، دون أن يتأتى استبعاد سريانهـــا على أساس القول بأن مراكز الأزواج انما تستند الى عقود ماضـــية ، والعقود تخضع ـ حتى فى آثارها المستقبلة وطرق انحلالها ـ للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله • ذلك أن الأمر هنا يتعلق بنظام قانونى معين هو نظام الزواج ، وهــو نظام موحــد يفرضه القـــانون دون اعتداد بارادة الأفراد ، اذ ليست ارادة الزوجين هى التى تحدد فى عقد الزواج آثاره من حقوق الزوجين وواجباتهما ، فليس لهذه الارادة فى الواقع من سلطان الا مجرد التراضى على اختيار الدخول فى النظام القانونى للزواج كما يعين القانون قواعده ويستقل بتحديدها(١) • فمركز الزوجين اذن ليس عقديا بالمعنى المفهوم الذى تستقل الارادة بتنظيمه وتحديد آثاره ، نظرا لتعلقه بنظام قانونى موحد لا يكون العقـــد الا شرطا لدخولهما فيه وخضـــوعهما لأحكامه • لذلك يـكون من الطبيعى أن يسترد القانون الجديد سلطانه المباشر عليه ، ما دام الزواج ـ وهــو نظام قانونى ـ يفترض الوحدة ، ولا وجه فى الأصل لتجويز امتداد سلطان القانون القديم واستمراره الا حيث يتصور التعدد والتفاوت •

وكذلك الشأن فى الحقوق العينية • فالأصل أن القانون يحددها عـلى سبيل الحصر ويعين مضمونها ويحدد المراكز القانونية لأصحابها بما تتضمنه من حقوق والتزامات(٢) • ولذلك يكون من الطبيعى أن تسرى القوانين المتعلقة بهذه الحقوق فور نفاذها بمقتضى أثرها المباشر ، دون أن يعطـــل من هــذا السريان لحساب الأثر المستمر للقـانون القديم كون هذه الحقوق قد انتقلت أو تقررت لبعض الأشخاص بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى ، اذ الأمر ليس أمر عقود بل هوأمر نظام قانونى يفترض الوحدة ويستبعد التعدد والتفاوت•

وكذلك الشـــأن فى القوانين المتعلقة بالعملة أو النقـــد فى الدولة ،

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 69, p. 596; No. 70, pp. 602, 603, 605; t. II, No. 88, p. 122.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 70, p. 606.

والقوانين المتعلقة بالضرائب ، وقوانين العمل ، فهى تسرى بأثر مباشر على ما يترتب بعد نفاذها من آثار بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى ، اذ هى لا تواجه مراكز عقدية وانما تتعلق بنظم قانونية . ولذلك فالقانون الذى يصدر بتخفيض قيمة العملة فى الدولة يسرى بأثره المباشر على الآثار المستقبلة لعقود القرض المبرمة قبل نفاذه ، فيجب رد النقود المستحقة بمقتضاها ابتداء من نفاذ القانون الجديد بعددها وقيمتها الحسابية رغم ما قرره القانون الجديد من الهبوط بقيمتها الحقيقية . والقانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية يسرى على الآثار المستقبلة للعقود التى عقدت فى الماضى وكان مشترطا فيها الدفع بالذهب ، فيصبح الدفع بمقتضاها واجبا بالورق ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون . والقانون الصادر بفرض ضريبة جديدة على المستأجرين مثلا ، يسرى منذ نفاذه بأثر مباشر على كل مستأجر ولو كان عقد الايجار مبرما قبل هذا النفاذ . وقوانين العمل تسرى مباشرة على الآثار المترتبة منذ نفاذها على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ(١) .

والخلاصة من فقه النظرية الحديثة : أن القانون الجديد ، من ناحية ، ليس له أثر رجعى ، أى لا يملك المساس بما تم فى الماضى من تكوين أو انقضاء مراكز قانونية أو ما اجتمع فيه من عناصر هذا التكوين والانقضاء أو ما ترتب فيه من آثار قانونية ، ولا استثناء من ذلك الا بنص تشريعى صريح او بقانون تفسيرى . ومن ناحية أخرى ، يكون للقانون الجديد أثر مباشر فيسرى على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانونى سابق ، ولا يستثنى من ذلك الا المراكز العقدية غير المتعلقة بنظام قانونى التى يستقل الأفراد بتنظيم آثارها بارادتهم ، اذ تظل آثارها المستقبلة وطرق انحلالها أو انقضائها محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله . وواضح أن المشرع يملك بنص صريح منه الخروج — فى شأن المراكز غير العقدية — على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد وتقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم(٢) ، أو الخروج — فى شأن

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 88, pp. 126 - 133.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 73, pp. 629, 630.

المراكز العقدية ـ على مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم واخضاعها للأثر المباشر للقانون الجديد(١) .

٢٠١ ـ تقدير النظرية الحديثة

تعتبر النظرية الحديثة اليوم هى النظريةالتى يلتف حولها جمهور الفقهاء الفرنسيين المعاصرين ، مما يكـــاد ينتهى بها الى أن تصير فى القريب النظرية الرسمية للمشرع الفرنسي بعدما تضمنها بحذافيرها المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى(٢) .

ولعل مما يحمد للنظرية الحديثة ما تمتاز به من وضوح التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ، وهى تلك التفرقة التى غفلت عنها وعن أهميتها النظرية التقليدية ، فحدث بذلك من اعمال القوانين الجديدة على المراكز القانونية الجارية أو على آثارها المستقبلة ، أو اضطرت الى اعمالها فى بعض الحالات بوصفها قوانين رجعية ، مع تبرير هذا الخروج على مبدأ عـدم الرجعية بتبريرات مختلفة مشكوك فى قيمتها(٣) .

وكذلك فان منطق النظرية الحديثة فى فهم معنى الرجعية فهما واقعيا وفى اقامة حد فاصل دقيق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ، قد يساعد على تبرير ما كانت تقصر النظرية التقليدية عن تبريره خاصة من ضرورة عدم مساس القوانين الجديدة ـ فى شأن ما تدركه من مراكز قانونية ما تزال فى دور التكـوين أو الانقضاء ـ بما اجتمع أو توافر فى المـــاضى من العناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء ما دامت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة ، على أساس اعتبار هذا المساس رجعية غـــير جائزة ، رغم أن هـذه العناصر لا تؤلف الحق المكتسب الذى يعتبر المســاس به هو الرجعية عند

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 617, 618.

(٢) Avant-projet de code civil, première partie, 1955, Livre préliminaire, titre II, pp. 55, 209, 210.

(٣) راجع سابقا ، ص ٣٥٠ .

النظرية التقليدية(١) :

ولكننا نأخذ على النظرية الحديثة أنها ـ وهى بسبيل وضع الفاصل بين الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم ـ قد عمدت الى اقامة تفرقة بين المركز العقدى المحض وبين النظام القانونى . وهى تفرقة غير محكمة أو منضبطة ، لا تلبث أن تفتح الباب واسعا لخلافات كثيرة حولها ، وتجعل حلول التنازع الزمانى فى هذا الشأن قلقة غير مستقرة(٢) .

ولعل عدم انضباط التفرقة التى يقيمها الأستاذ « روبييه » بين المركز العقدى والنظام القانونى ، هو الذى حدا ببعض أنصار نظريته الى العدول عنها وادخال فكرة « النظام العام » كعامل يحد من اطلاق اعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم فى شأن الآثار المستقبلة للعقود وطرق انحلالها . وهم فى ذلك يستهدون بأحكام القضاء ويستخلصون منها ـ رغم تحاشيها التصريح ـ أن استمرار سريان القانون القديم فى شأن الآثار المستقبلة للعقود وطرق انحلالها ، يجب أن يقف أمام تعلق القانون الجديد بالنظام العام . ولكنهم لا يطلقون فكرة « النظام العام » كما يقضى ذلك مفهومها فى شأن القوانين الآمرة التى ينعدم سلطان ارادة الأفراد ازاءها ، وانما يحصرون فكرة النظام العام ـ فى مجال مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان ـ فى نطاق خاص محدود(٣) ، يتعين بقوانين النظام العام ذات الأهمية القصوى والخطورة البالغة التى يكون فى استمرار ابقاء العقود الماضية الجارية محكومة بالقانون

---

(١) أنظر : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ ـ ١٠٣ .

(٢) أنظر فى بيان ذلك : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٣٢ ، ١٣٣ .

(٣) **Beudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 247. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 62, pp. 59 et 60. — De La Morandière, L'Ordre public en droit privé interne, Etude Capitant, notamment, pp. 400, 401. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 108, p. 182. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 214.**

وانظر فى الأخذ بهذا المعنى فى القانون المصرى :
سليمان مرقس ، فقرة ١١٠ ، ص ١٦٤ ـ ١٦٦ .

القديم بالمخالفة لها ما يتهدد بخطر جسيم جدى نظام الجماعة العام نفسه(١) . وهذا ما يعبر عنه البعض بقولهم ان قوانين النظام العام التى يجب سريانها فور نفاذها بأثر مباشر حتى على الآثار المستقبلة للعقود الماضيــة هى قوانين النظـام العام التى تحمى مصلحة عامة ، دون غيرها من قوانين النظـام العام الأخرى التى لا تحمى الا مجرد مصلحة خاصة(٢) .

ولكن التفرقة بين قوانين النظام العام على هذا النحو لاتزيد الأمر وضوحا أو تبدد انبهام وعدم انضباط التفرقة الأولى بين « المركز العقدى » و « النظام القانونى » . فهذه التفرقة الجديدة ينقصها التحديد كسابقتها ، اذ تجعــل قوانين النظام العام درجات تتفاوت من حيث الأهمية والخطورة دون أن تعنى بتحديد معيار هذا التفاوت . أو تجعل هذه القوانين مختلفة باختلاف المصالح التى تحميها ، رغم استعصاء الفصل بين المصلحة العـامة والمصلحة الخاصـة نظرا لاختلاطهما فى أغلب الأحيان ، ورغم انعدام الحكمة من مثل هذا الفصل ما دامت هذه القوانين كلها — حتى ولو كان هدفها المباشر فى بعض الأحوال حماية بعض المصالح الخاصة — تتعلق بأسس رئيسية فى بنـاء الجماعة تعلقا يحتم منع كل مخالفة لها .

وبذلك تنتهى هذه التفرقة — كسابقتها — الى ما يشبه العدول عن تحديد نطاق سلطان كل من القانون القديم والقانون الجديد فى شأن الآثار المستقبلة للعقود ، اذ تترك النطاقين مختلطين دون حد واضح فاصل . وكأنها بذلك تنتهى الى اعطاء القضاء سلطة تقديرية مطلقة فى وضع هذا الحد فى صدد كل حالة بخصوصها ، وليس فى ذلك ما يعـين على تحقيق ما يجب من تحـديد

---

(١) H., L. et J. Mazeaud. op. cit., t. I, No. 148.

ولكن يراعى أن ثمة خلط عند هؤلاء المؤلفين فى شأن سريان هذه القوانين المتعلقة بالنظام العام على الآثار المستقبلة للعقود ، بين اعتبار هذا السريان سريانا مباشرا أو سريانا رجعيا .

(٢) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48.

وقد سبق أن أشرنا الى أن أستاذينا السنهورى وأبو ستيت يأخذان بهذا المعنى ، ولكن على أساس اعتبار سريان قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة سريانا رجعيا استثناء لا سريانا مباشرا (أنظر سابقا : هامش ٣٠ ص ٣٤٧ — ٣٤٨) .

واستقرار لحلول مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ، فتلك اذن منطقة فراغ فى بناء النظرية الحديثة .

وكذلك نأخذ على النظرية الحديثة أنها تعتبر - كالنظرية التقليدية وان لم يكن لنفس السبب - القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء . اذ الواقع أن لا رجعية في الأمر ، لأنه لا يوجد تنازع حقيقى بين قاعدتين قانونيتين على مدى السريان في الزمان(١) . فالقاعدة القانونية الجديدة ليست الا تفسيرا لحكم القاعدة القانونية القديمة ، أى أنها ليست بقاعدة تعقبها فى الزمان لتغير من حكمها أو مضمونها ، بل تبقى القاعدة القانونية القديمة كما هى لا تتغير بصدور القاعدة التفسيرية ، وانما الذى يتغير هو تفسيرها فقط ، وليس فى تفسير قاعدة قانونية قائمة على وجه دون آخر ، ولا فى الرجوع عن تفسير سبق بشأنها - سواء كان التفسير أو الرجوع من جانب المشرع أو من جانب القاضى - أى أثر رجعى ، لأن القاعدة التى تطبق واحدة هى القاعدة القديمة ، وان يكن تفسيرها قد تحدد من بعد على وجه معين .

٢٠٢ - النظريات الفقهية وأحكام القضاء فى مشكلة التنازع الزمانى

تلك هى النظريات الفقهية فى تأصيل حل مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان . ورغم اختلاف هذه النظريات فيما تقوم عليه من أسس ، فان الحلول العملية التى تنتهى اليها تكاد تكون واحدة ، فالخلاف العملى بينها اذن ليس كبيرا ، وانما يكاد ينحصر الخلاف بينها فى تكييف هذه النتائج . ومرد ذلك الى أن النظريات لم تقم الا على تفسير وتبرير أحكام القضاء فى شأن التنازع بين القوانين في الزمان ، فهى لم تبتكر حلول هذا التنازع ، وانما اجتهدت فى تبرير ما وضعه القضاء منها فعلا وحاولت أن تستخلص من ذلك قواعد وأصولا عامة تحدد المدى الزمنى لسريان كل من القانون القديم والقانون الجديد . والواقع أن القضاء ينظر ، فى تغليب أحد القوانين على الآخر ، الى ما يحقق التوازن بين ما تقتضيه مصلحة الجماعة من تطبيق القانون الجديد من

---

(١) انظر فى الاشارة الى أنصار هذا الرأى :
Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 469 et note.

ناحية ، وبين ما يقتضيه استقرار المعاملات من تطبيق القانون القديم من ناحية أخرى ، وهو يعتد فى ذلك بقصد المشرع الضمنى(١) وبطبيعة القوانين المتنازعة وبالظروف الخاصة بكل قضية مطروحة أمامه .

واذا كان القضاء ينأى بنفسه على هذا النحو عن الخلافات الفقهيةالنظرية حول أصول حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ، فانه ـ بعد أن استقرت النظريات الفقهية فى هذا الشأن ـ كثيرا ما يتأثر رغم ذلك بما تقوم عليه هذه النظريات من أسس وأصول وبما تستعمل من اصطلاحات فيلجأ اليها ـ على الأقل ـ لتأييد أحكامه واسنادها .

وعلى أى حال ، فقد يغنى المشرع الفقه والقضاء عن الاجتهاد فى حل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فقد ينظم بنفسه فى قانون جديد معين فترة الانتقال بينه وبين القانون القديم ، فيضع لذلك أحكاما وقتية . وفضلا عن هذا التدخل الخاص من جانب المشرع ، قد يتدخل المشرع تدخلا عاما فى هذا الشأن ، فيضع قواعد عامة تحكم التنازع الزمانى بين القوانين بصدد بعض المسائل ، ومن قبيل ذلك ما وضعه المشرع المصرى من حلول لهذا التنازع ستكون محلا للاشارة والبحث فى المطلب الثانى .

٢٠٣ ـ الموجهات والأصول العامة فى حل مشكلة التنازع الزمانى

بعد أن عرضنا فيما سبق لفقه النظريات المختلفة فى حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ولما يرد عليه من نقد ، نستطيع أن نستخلص ـ على ضوء ذلك ـ الموجهات والأصول العامة التى نعتقد أنها حقيقة بحل هذه المشكلة وهى ترتكز على أسس ثلاثة : الأول ، يمنع سريان القانون الجديد سريانا رجعيا ، والثانى يفرض سريانه سريانا مباشرا ، والثالث يرخص باستمرار سريان القانون القديم فى أحوال معينة .

---

(١) أنظر فى تأييد القضاء فى هذا الشأن وفى تأصيله :
Beudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 234. — Esmein, op. cit., pp. 172, 173.
شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ ، فقرة ٢٠٨ ، ص ٤١٠ و٤١١ .

أما فى شأن منع **السريان الرجعى للقانون الجديد** ، فقد سبق أن رفضنا معيار الرجعية الذى تقدمه النظرية التقليدية على أنه المساس بحق مكتسب ومعيار الرجعية الذى يقدمه « ديجى » على أنه المساس بمركز قانونى شخصى ، ولذلك نأخذ بما نراه صوابا عند النظرية الحديثة فى تحديد معنى الرجعية . فنقرر على ضوئه أن القانون الجديد لا يملك اعادة النظر من جديد فيما توافر قبل نفاذه من تمام تكوين أو انقضاء مركز قانونى أو من قيام بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء أو من ترتب آثار قانونية معينة .

وأما فى شأن **السريان المباشر للقانون الجديد** ، فمعناه أن القانون الجديد يخضع لحكمه كل ما يحدث فى ظله وابتداء من نفاذه ولو كانت جذوره ترجع الى الماضى . فهو يخضع لسلطانه المباشر المراكز القانونية التى يدركها وهى ما تزال فى دور التكوين أو الانقضاء وذلك بالنسبة لما يتوافر فى ظله من العناصر التى يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلة التى تترتب ابتداء من نفاذه على مركز قانونى سابق .

وأما فى شأن **السريان المستمر للقانون القديم** ، فمن المتفق عليه انصرافه الى الآثار المستقبلة للعقود والى طرق انحلالها التى لا تعدو أن تكون بعض هذه الآثار . وقد عرضنا للخلاف الفقهى حول تحديد مدى هذا السريان ، ورفضنا التفرقة التى يقول بها « روبييه » فى هذا الشأن بين المركز العقدى والنظام القانونى ، وكذلك التفرقة الأخرى - التى حاول بعض أنصار النظرية الحديثة احلالها محل تفرقته - بين قوانين النظام العام بحسب أهميتها وخطورتها أو بحسب طبيعة المصلحة التى تتصدى لحمايتها .

والواقع أن الأصل كان هو وجوب اطلاق السريان المباشر للقانون الجديد فى هذا الشأن . واذا كان قد تقرر الخروج على هذا الأصل بالسماح للقانون القديم فى استمرار السريان فى شأن الآثار المستقبلة للعقود ، فما ذلك الا لأن العقود - وهى تقوم على مبدأ سلطان الارادة - تستعصى على الوحدة بما تفترض من تنوع آثارها واختلافها ، بينما الحكمة من اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد هى وحدة النظم القانونية فى شأن المراكز القانونية المتماثلة .

واذا كان تقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القـديم في شـأن الآثار المستقبلة للعقود ليس الا استثناء من أصـل قاعدة السريان المباشر للقـانون الجديد ، فيجب أن ينحصر هذا الاستثناء في حـدود الحكمة من تقريره دون توسع في مداه على حساب هذه الحكمة .

ومن هنا ، يكون من الطبيعي - في رأينا - وجـوب اطراح السريان المستمر للقانون القديم والعودة للسريان المباشر للقانون الجديد ، حينما يتعلق الأمر - في شأن الآثار المستقبلة للعقود - بقواعد قانونية يمتنع أمامها الخلاف والتعدد الذي هو الأصل في المراكز والآثار العقدية ، وهو ما يتحقق اذا كان القانون الجديد آمرا لتعلقه بالنظام العام والآداب ، اذ وجود مثل هذا القانون يعني انعدام سلطان الارادة في مخالفته ، وضرورة رد العقود وآثارها بالتالي - في حدوده - الى ضرب من الوحدة والتماثل . وهو ما تنتفي معه أية حكمة في تقرير استمرار سريان القانون القديم بالنسبة الى الآثار المستقبلة للعقود المبرمة في ظله ، وما يتعـين معه الرجوع الى الأصـل من السريان المباشر للقانون الجديد تحقيقا لما أصبح يفرضه من وحدة لازمة . خاصة وأن تعلق هذا القانون بالنظام العام والآداب يفيد تعلقه ببعض الأسس الرئيسية في بناء الجماعة مما يستبعد كل مخالفة لها حتى ولو كانت مترتبة على عقود صحيحة مبرمة في الماضي .

ولذلك اذا كان للقانون القديم سريان مستمر في شأن الآثار المستقبلة للعقود المبرمة في ظله ، فان هذا السريان يجب أن يقف اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب . ويبدو أن هذا الرأي يحظى بتأييد غير قليل من الفقهاء(١) . بل انه هو الرأي الذي كان يأخذ به المشروع التمهيدي لتقنين المدني المصري الحالي صراحة ، حيث كان ينص في المادة السابعة منه على أنه « اذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه ، فان القانون المنسوخ يظل مع ذلك

---

(١) أنظر في ذلك :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 256, p. 231.

عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرات ١٨٧ و ١٩٥ و ١٩٦ . - محمود جمال الدين زكي ، فقرة ١٣٨ .

ساريا على الروابط والحالات القانونية التي نشأت تحت سلطانه وكانت مترتبة على ارادة المتعاقدين ما لم يوجد نص يقضي بغير هذا او كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب »(١) . وهو كذلك الذي تستقر عليه أحكام محكمة النقض المصرية(٢) .

وعلى هذا الأساس يسري القانون الصادر بفرض سعر الزامي للعملة الورقية بما له من أثر مباشر على الآثار المستقبلة للعقود الجارية والمبرمة في ظل القانون القديم ، فيصبح ابتداء من نفاذ القانون الجديد الدفع بالورق رغم شرط الدفع بالذهب الوارد في هذه العقود . وكذلك يسري القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، بما له من أثر مباشر ، على ما يستحق ابتداء من نفاذه من فوائد بمقتضى العقود المبرمة من قبل هذا النفاذ ، فلا تدفع الفوائد اذن الا على الأساس الجديد المخفض(٣) . وكذلك يسري بأثر مباشر القانون الصادر باستحداث مبدأ منع تجاوز الفوائد لرأس المال

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢١٤ .

واذا كان هذا النص لم يظهر في التقنين ، فلأنه عدل من بعد في لجنة المراجعة تعديلا أعمل الجوهري فيه في شأن حكم الآثار المستقبلة للعقود الجارية بحيث أصبح قاصرا على تقرير مبدأ عدم الرجعية بوجه عام واستثناء النص الصريح على الرجعية وقوانين النظام العام والآداب منه . وهو ما رؤى معه عدم الحاجة اليه « اكتفاء بالأحكام الواردة في الدستور والقوانين الخاصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢١٦ و ٢١٨) .

(٢) أنظر بصفة خاصة :

نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ (مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨ . — نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، س ٧ ، رقم ٣٣ ، ص ٢٤١ . — نقض ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣ ، المجموعة السابقة ، س ١٤ ، رقم ١٣١ ، ص ٩٣٦) .

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء المصري (انظر الأحكام المشار اليها في الهامش السابق) . اذ قضى بتطبيق نص المادة ٢٢٧/٢ من التقنين المدني الحالي — الذي قرر تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية من ٨٪ الى ٧٪ — بأثر مباشر على العقود المبرمة في ظل التقنين المدني القديم ، بحيث تحسب الفوائد المستحقة بمقتضاها ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو يوم نفاذ التقنين المدني الحالي على الأساس الجديد المخفض وهو ٧٪ .

وانظر كذلك بخاصة في نفس المعنى :

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ . — عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرات ٥١٢ ، ٥١٣ ، ص ٩٠٥ — ٩٠٧ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٩٦ — مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧١ ، ١٧٢ .

(م ٢٣٢ مدني) ، بحيث لا يحل للدائن بعد نفاذه اقتضاء فوائد متى بلغت الفوائد المستحقة له ما يعادل رأس المال ولو كان كل أو بعض هذه الفوائد قد استحق في ظل القانون القديم(١) ٠ وكذلك تسرى قوانين العمل الجديدة المتعلقة بالنظام العام ، بمقتضى سلطانها المباشر ، على الآثار المستقبلة لعقود العمل المبرمة قبل نفاذها ، وهذا ما يصرح به المشرع المصرى (م ١/٦ من قانون العمل)(٢) ٠

يخلص اذن مما تقدم أن الموجهات والأصول العامة التى نقرها لحل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين تنحصر فيما يلى :

(١) ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، يملك بمقتضاه اعادة النظر فيما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو فيما ترتب فعلا قبل هذا النفاذ من آثار قانونية٠

(٢) للقانون الجديد أثر مباشر يخضع لسلطانه المراكز القانونية التى لا تزال فى دور التكوين أو الانقضاء ولكن دون المساس بما توافر فى الماضى من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلة للمراكز القانونية الماضية ٠

(٣) للقانون القديم أثر مستمر فى شأن الآثار المستقبلة للعقود المبرمة فى ظله ، الا اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب فيسترد القانون الجديد سلطانه المباشر فى حكمها ٠

وواضح أن المشرع يبقى بيده زمام حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ، فيملك بنص صريح منه الخروج على هذه الأصول : اما بتقرير رجعية القانون الجديد ، أو بتقرير استمرار سريان القانون القديم حيث يجب اعمال

---

(١) أنظر فى ذلك : نقض ٣ نوفمبر ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١١ ، ع ٣ رقم ٨٥ ص ٥٤٤ ٠ — ٥ مارس ١٩٦٤ ، المجموعة السالفة ، س ١٥ ، ع ١ رقم ٤٨ ص ٢٨٠ ٠

(٢) أنظر فى ذلك : كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، الطبعة الثانية ١٩٦٩ فقرة ٢٦ ص ٧٤ و ٧٥ ٠

قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد ، أو بتقرير السريان المباشر للقانون الجديد حيث يجب اعمال الأثر المستمر للقانون القديم .

المطلب الثانى

الحلول العامة الوضعية لبعض مشاكل التنازع الزمانى

٢٠٤ - تمهيـــد

عنى المشرع المصرى بوضع حلول عامة لبعض مشاكل التنازع الزمانى الهامة(١) ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والاختلاف فى حلها، ولكنه لم يجمع هذه الحلول التشريعية فى موضع واحد ، وانما وزعها على التقنينات الرئيسية المختلفة بحسب طبيعة ما يتصدى لحله من مشاكل . فنتتبع هذه الحلول التشريعية فيما يلى :

٢٠٥ - التنازع الزمانى بين قوانين الأهلية

يؤدى تعاقب القوانين فى مسائل الأهلية بما يعدل سن الرشد بالرفع أو الخفض الى تنازع بين القانون الجديد والقانون القديم حول أمرين : الأول ، هو معرفة المركز القانونى لمن كان راشدا أو قاصرا فى ظـــل القانون القديم وما زال عند نفاذ القانون الجديد دون السن الجديدة المرتفعة أو أصبح فوق السن الجديدة المنخفضة . والثانى ، هو معرفة قيمة التصرفات التى صـــدرت من هؤلاء الأشخاص فى ظل القانون القديم بعد أن تغير الوضع فى ظل القانون الجديد . فنعرض لهذين الأمرين على التوالى لنرى الحـــل الذى قرره المشرع المصرى فيهما .

(١) أهلية الشخص : الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى ، فى شـــأن تحديد المركز القانونى للشخص من حيث أهليته عنـــد تغير القانون المتعلق بذلك ، هو سريان القانون الجديد ، اذ تقضى المادة ١/٦ من التقنين المدنى بأن

---

(١) أنظر فى الحلول الواجبة لمشاكل أخرى عملية لم يضع لها المشرع حلولا تشريعية : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٦٥ - ١٨٣ .

« النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص » • وعلى ذلك اذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين ، فان كل من لا يزال عند نفاذه دون الحادية والعشرين يعتبر ابتداء من هذا النفاذ قاصرا ويظل كذلك حتى يبلغ هذه السن ، حتى ولو سبق اعتباره راشدا لبلوغه الثامنة عشرة فى ظل القانون القديم • واذا كان القانون الجديد يخفض سن الرشد من الحادية والعشرين الى الثامنة عشرة ، فان كل من يكون بالغا عند نفاذه السن المقررة فيه ، بأن يكون بالغا التاسعة عشرة مثلا ، يعتبر راشدا فور هذا النفاذ رغم سبق اعتباره قاصرا فى ظل القانون القديم •

وهذا الحل يتفق مع فقه النظرية التقليدية ، سواء فى حال تخفيض سن الرشد على أساس أنه لم يوجد بعد حق مكتسب يمنع سريان القانون الجديد ، أو فى حالة رفع سن الرشد على أساس عدم وقوف الحق المكتسب فى بلوغ سن الرشد أمام قوانين الأهلية نظرا لتعلقها بالنظام العام(١) • وهذا الحل يتفق كذلك مع نظرية « ديجى » فى حال رفع سن الرشد وخفضه على السواء ، على أساس أن مركز الشخص من حيث الاهلية هو مركز قانونى موضوعى يملك القانون دائما تعديله دون أن يوصف لذلك بالرجعية •

أما فى فقه النظرية الحديثة ، فيبدو هذا الحل متفقا معه فى حال تخفيض سن الرشد ، حيث أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى بعد فى ظل القانون القديم • فيملك القانون الجديد تقرير انقضائه ابتداء من يوم نفاذه ، فهذا مقتضى الأثر المباشر للقانون الجديد ، ما دام يقتصر على اعتبار القاصر راشدا بالنسبة الى المستقبل أى منذ نفاذه لا منذ بلوغه سن الرشد الجديدة المخفضة اذا كان قد بلغها قبل هذا النفاذ فى ظل القانون القديم(٢) •

أما فى حال رفع سن الرشد ، فيذهب الأستاذ « روبييه » الى أن القانون الجديد لا يملك اعادة من كان معتبرا راشدا فى ظل القانون القديم قاصرا من

---

(١) انظر فى تأثر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى بهذا التعليل : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٥ •

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 105, p. 297.

جديد(١) ، على أساس أن مركز هذا الشخص كقاصر قد انقضى ببلوغه سن الرشد فى ظل القانون القديم ، فيكون من الرجعية اعادة النظر من جديد فيما تم من هذا الانقضاء(٢) ، وان كانت هذه الرجعية من قبيل الرجعية المخففة لعدم انصرافها الا الى المستقبل وحده ابتداء من نفاذ القانون الجديد (٣).

ولكننا لا نرى فى حقيقة فقه النظرية الحديثة ما يتعارض مع الحل القاضى باعادة من كان معتبرا راشدا الى حالة القصر ابتداء من نفاذ القانون القاضى برفع سن الرشد ٠ اذ لم لا يقال ان انقضاء مركز القاصر فى ظل القانون القديم قد أدى الى تكوين مركز آخر هو مركزه كراشد ، وان هذا المركز من المراكز المستمرة التى تظل جارية فى الأصل حتى الوفاة ، مما ينبغى معه تمكين القانون الجديد — احتراما لسلطانه المباشر — من تناول هذا المركز والمساس به ، ما دام لا ينصرف بهذا المساس الى الماضى بل يقصره على المستقبل ابتداء من يوم نفاذه(٤) ٠

لذلك نرى تأييد ما يأخذ به القانون المصرى من تطبيق القانون القاضى

---

(١) انظر فى الأخذ بهذا المعنى فى مصر قبل التقنين المدنى الحالى المذكرة الايضاحية لقانون المجالس الحسبية الصادر فى مصر سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٥) ٠ — عبد الفتاح السيد ، حول الأثر الرجعى لقانون المجالس الحسبية الجديد (المحاماة س ٧ ، ص ١٦٩ وما بعدها) ٠

(٢) Roubier, Ibid. ; t. II, No. 105, pp. 293 - 303.

وانظر كذلك فى نفس المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 298.

ولكن من الواضح أن القانون الجديد يملك — دون رجعية — ابقاء من كان معتبرا قاصرا فى ظل القانون القديم على حاله من القصر حتى بلوغ السن المرتفعة المحددة فيه ، على أساس أن مركز هذا القاصر لم يكن قد انقضى فى ظل القانون القديم فيملك القانون الجديد تأخير هذا الانقضاء ٠

. (Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 387)

(٣) Roubier, op. cit., t. I, No. 64, p. 544.

(٤) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٤٥ ٠

برفع سن الرشد على كل من لم يبلغها عند نفاذه ولو سبق اعتباره راشدا في ظل القانون القديم ، على أساس أن هذا التطبيق تطبيق مباشر لا رجعي لأنه ينصرف الى المستقبل وحده دون المساس بمركز الرشد في الماضي . وهو - فضلا عن ذلك - الرأي الذي يؤيده كثير من الفقهاء الفرنسيين وبعضهم من أنصار النظرية الحديثة نفسها(١) .

(٢) تصرفات الشخص : أما الحل الذي أخذ به المشرع المصري في الأمر الثاني الخاص بتصرفات الشخص المبرمة في ظل القانون القديم ، فهو عدم سريان القانون الجديد عليها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية ، أي تكون هذه التصرفات محكومة بالقانون القديم الذي صدرت في ظله فلا تتأثر بالقانون الجديد . وعلى ذلك ، فالتصرفات التي عقدها في ظل القانون القديم أشخاص كانوا راشدين في حكمه ، تظل صحيحة رغم اعتبارهم قاصرين من جديد ابتداء من نفاذ القانون الجديد (م ٢/٦ مدني) . والتصرفات التي عقدها في ظل القانون القديم أشخاص كانوا قاصرين في حكمه ، تظل باطلة أو قابلة للابطال رغم اعتبارهم راشدين ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد .

وهذا الحل محض تطبيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد أيا كان مفهوم الرجعية . فهو مبرر عند النظرية التقليدية على أساس احترام الحق المكتسب، وفي نظرية « ديجي » على أساس عدم المساس بالأعمال الماضية ، وعند النظرية الحديثة على أساس احترام المراكز القانونية التي تم تكوينها في ظل القانون القديم .

٢٠٦ - التنازع الزماني بين قوانين التقادم

الأصل أن القانون الجديد يخضع لسلطانه المباشر كل تقادم ما يزال جاريا عند نفاذه ، اذ يتعلق الأمر حينئذ بمركز قانوني ما يزال في دور التكوين فيخضع تمام هذا التكوين للقانون الذي يتحقق في ظله وهو القانون

---

(١) أنظر في ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, p. 115. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 59. — Esmein, op. cit., p. 90. — Josserand, op. cit., t. I, No. 88.

الجديد ، ولكن دون أن يعنى ذلك مساس هذا القانون - والا كان رجعيا - بما سبق توافره قبل نفاذه من عناصر تهم هذا التكوين اذا كانت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة . وهو ما نفصله فيما يلى .

(١) انعدام الأثر الرجعى لقوانين التقادم الجديدة :

لا يملك القانون الجديد المساس بما توافر فى ظل القانون القديم من عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم ، كالعناصر المتعلقة ببدئه ووقفه وانقطاعه . والمشرع المصرى صريح فى الأخذ بهذا الحل ، اذ يقضى بأن « النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة (م ٧/٢ مدنى) . وقد سبق أن أشرنا الى اتفاق هذا الحل(١) مع فقه النظرية الحديثة ، على اعتبار أن ما يتحقق من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء مركز قانونى فى ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون ، طالما تكون له قيمة قانونية فى ذاته ، فلا يملك القانون الجديد - دون رجعية - المساس به أو الرجوع فيه عن المدة السابقة على نفاذه .

(٢) الأثر المباشر لقوانين التقادم الجديدة :

مقتضى اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد أن تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ، وهذا ما يقرره المشرع المصرى صراحة بنصه على أن « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » (م ٧/١ مدنى) . وأكثر ما يعرض تطبيق هذا المبدأ فى شأن مدة التقادم ، ولكنه يعرض كذلك فيما يتعلق بشروط التقادم الأخرى .

١ - شروط التقادم : الأصل هو سريان القانون الجديد المعدل لشروط التقادم سريانا مباشرا على كل تقادم جار . فتغيير القانون الجديد قابلية الحق

---

(١) انظر فى تطبيق ذلك فى شأن وقف التقادم : نقض ١٧ أكتوبر ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٨ ، ع ٤ رقم ٢٢٩ ص ١٥٢٧ .

للتقادم مثلا ، يكون له أثره المباشر على التقادم الجارى • فالقانون الذى يجعل حقا أو مالا غير قابل للتقادم بعد أن كان قابلا له ، ينهى فور نفـاذه التقادم الجارى فى شأنه • والقانون الذى يخضع للتقادم حقا أو مالا كان غير خاضع له من قبل ، يسرى فور نفاذه فيمكن جريان التقادم فى شأنه منذ هذا النفاذ لا قبله(١) •

٢ ـ مدة التقادم : مقتضى اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على التقادم الجارى هو اخضاعه للمدة الجديدة دون المدة القديمة • ولا صعوبة فى تطبيق ذلك اذا كان القانون الجديد **يطيل** مدة التقادم ، اذ يجب سريان المدة الجديدة الطويلة ولكن مع احتساب ما مضى من مدة جريان فى ظل القانون القديم(٢)• فاذا كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة صدر بعد بدئها بعشر سنين قانون يطيل المدة الى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم المبتدأ فى القـانون القديم اذن الا بعد عشر سنين من نفاذ القانون الجديد •

وأما فى حـــال **تقصيـر** القانون الجديد مدة التقادم ، فالاصل ـ اعمالا للأثر المباشر لهـذا القـانون ـ وجوب الأخذ بالمدة القصـيرة الجديدة على كل تقادم جار لما يكتمل • ولكن لا يتأتى ذلك الا باسقاط ما سبق جريانه من مدة فى ظل القانون القديم من الحساب ، خشية ما قد يؤدى اليه احتسـابها من اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم واعطاء القانون الجديد بذلك أثرا رجعيا لا يملكه(٣) • ولذلك اذا وجب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة ، فينبغى سريانها واحتسابها وحدها منذ نفاذ القانون الجديد دون اعتبار لما جرى من

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 237.

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 242.

(٣) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 232, 242 ; t. I, note (1), p. 391.

ومع ذلك ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى عكس هذا الرأى فى ظل التقنين المـدنى القديم مقررة وجوب احتساب المدة السابقة كذلك ، لعـدم امكان الغائها أو اهدارها (انظر : نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ . مجموعة عمر (المدنية) ، ج ١ ، رقم ٨ ، ص ١٦) •

وانظر كذلك فى تأييد هذا القضاء وفى انتقاد مسلك التقنين المـدنى المصرى الحالى فى مخالفته والأخذ بالرأى العكسى المذكور فى المتن : شمس الدين الوكيل ، الموجز فى المدخـل لدراسة القانون . ١٩٦٥ فقرة ١٤٩ . ص ٢٤٧ ـ ٢٤٩ •

مدة قبله . وهذا ما أخذ به المشرع المصرى بنصه على أنه « اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك » (م ٨/١ مدنى) .

ولكن لا يتأتى فى كل الأحوال اطلاق اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد المقصر للمدة على أساس عدم جريانها واحتسابها الا منذ نفاذ هذا القانون ، اذ قد يؤدى ذلك بالقانون الجديد الى اطالة المدة بينما هو يهدف الى تقصيرها ، وهو ما يتحقق اذا كانت المدة السابق جريانها تنتهى على الأساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد، لذلك يكون غير منطقى اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو ، كما لا يتأتى تطبيق هذا القانون على أساس احتساب ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم خشية الرجعية على ما سبق البيان ، فلا يبقى من حل معقول الا السماح باستمرار سريان القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكتمال مدته ، وبذلك يحل الأثر المستمر للقانون القديم محل الأثر المباشر للقانون الجديد(١) . وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحل المنطقى الذى تقرره كذلك النظرية الحديثة(٢) ، اذ بعد أن وضع القاعدة من وجوب اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد المقصر لمدة التقادم على أساس سريانها منذ العمل به (م ٨/١ مدنى) ، عاد فخرج عليها بنصه على أنه « اذا كان الباقى من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » (م ٨/٢) .

فالأمر يتوقف اذن على قدر الباقى لاكتمال التقادم الذى بدأ فى ظل القانون القديم من المدة المقررة فيه . فاذا كان هذا الباقى أطول من المدة

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243.

(٢) أنظر سابقا ، هامش «١» ، ص ٣٦٤ .

وأنظر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من حل آخر يتلخص فى وجوب احتساب التقادم على أساس المدة القصيرة ، على أن يستنزل منها ما يعادل نسبة ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم الى المدة المقررة فيه : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، هامش «١» ، ص ١٩٣

وأنظر فى انتقاد هذا الرأى :

Roubier, op. cit., t. II, No. 243 et note (2).

الجديدة بأسرها ، بصرف النظر عن المدة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتفتتح مدة جديدة ابتداء من نفاذ القانون الجديد على الأساس القصير الوارد فيه • أما اذا كان الباقي أقصر من المدة الجديدة ، فيتم التقادم بانقضاء هذا الباقي •

وعلى ذلك ، اذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، ثم صدر بعد سنة من ابتداء جريان التقادم قانون يقصر المدة الى عشر سنوات فلا اعتبار للسنة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة في الجريان من يوم نفاذ القانون الجديد على الأساس الوارد فيه فيتم التقادم بعد عشر سنوات من هذا النفاذ • أما اذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، وصدر بعد ثلاث عشرة سنة من بدء التقادم قانون يخفض المدة الى عشر سنوات ، فيكتمل التقادم بعد سنتين من نفاذ القانون الجديد ، أي بانقضاء الباقي حسب المدة المقررة في القانون القديم •

٢٠٧ ـ التنازع الزماني بين قوانين الاثبات

تنص المادة التاسعة من التقنين المدني على أن « تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعداده » •

ويعرض هذا النص لنوع معين من الاثبات هو « الاثبات أو الدليل المهيأ» (preuve préconstituée) ، أي الدليل المعد أو الواجب الاعداد قبل أي خصومة قضائية ، مما يفترض أن اعداده وتهيئته أو وجوب ذلك ينبغي تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذي يتصدى لاثباته • فهو اذن يصحب هذا الفعل أو التصرف ، مما يجوز ـ في شأن تكوين المركز القانوني ـ تقريب عناصر اثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذي يتم في ظله تكوين المركز القانوني هو الذي يجب أن يحكم اثباته بالدليل المهيأ(١) •

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, p. 454.

وذلك على عكس الاثبات الواجب الاعداد أثناء سير الخصومة أمام القضاء ، فانه يخضع بداهة لكل تغيير يحدثه القانون في شأنه ، أي يخضع للسلطان المباشر للقانون الجديد (انظر : Roubier, Le droit transitoire, 1960, No. 54, pp. 239 - 242.

وبذلك لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الاثبات أو الدليل نظرا لانعدام أثره الرجعى • فمن الرجعية ـ وهو ما يتفق مع فقه النظرية الحديثة ـ اعادة النظر فيما تم فى الماضى من تكوين مركز قانونى سواء من حيث الموضوع أو من حيث الاثبات ، اذ يبقى القانون الذى تم فى ظله هذا التكوين هو المرجع فى شروطه وفى اثباته •

واذا كان الدليل المهيأ محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذى أعد أو كان يجب اعداده فى ظله بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهيأ كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، ففى الحالتين يبقى الاثبات خاضعا للقانون القديم وحده[1] •

وعلى ذلك اذا كان قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ يتطلب أصلا الاثبات بالكتابة فى شأن التصرفات المدنية التى تجاوز قيمتها عشرين جنيها ويكتفى بالاثبات بالشهادة فيما دون ذلك. فان التصرف الذى عقد في ظل هذا الحكم وكانت قيمته سبعين جنيها يظل واجب الاثبات بالكتابة حتي بعد تعديل هذا الحكم بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذى يجيز الاثبات بالشهادة في التصرفات التى لاتجاوز قيمتها مائة جنيه . ولو افترضنا العكس وكان القانون القديم هو الذى يجيز الاثبات بالشهادة فيما لا يجاوز مائة جنيه بينما جاء القانون الجديد موجبا الاثبات بالكتابة فيما يجاوز عشرين جنيها ، فان التصرف الذى عقد في ظل القانون القديم وكانت قيمته سبعين جنيها يظل جائز الاثبات بالشهادة حتى بعد صدور القانون الجديد.

---

(١) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 454, 455 ; t. II, No. 83, p. 72, et note (1)

ولكن قارن فيما يذهب اليه بعض فقهاء النظرية التقليدية من التفرقة بين الحالتين والقول بسريان القانون الجديد في الحالة الأولى وبقاء الاثبات خاضعة للقانون القديم فى الحالة الثانية:

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, note 66, p. 137.

وانظر فى انتقاد هذه التفرقة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 55, pp. 443 - 449.

وما يصدق في هذا الشأن على الأدلة المهيأة يصدق كذلك على القرائن القانونية(١) . فالقرائن القانونية تشترك مع الأدلة المهيأة في سبق اعدادها قبل أي خصومة قضائية ، ولا تختلف عنها الا في كون القانون نفسه هو الذي يتولى هذا الاعداد في شأن القرائن بينما يقع على عاتق الأفراد أنفسهم أمر هذا الاعداد في شأن الأدلة المهيأة . ولذلك فحيث يتطلب القانون اعدادا سابقا للاثبات قبل أي خصومة قضائية ، سواء بفرض أدلة مهيأة أو باستخلاص قرائن قانونية تعفي من تقررت لمصلحته من اثبات ما تقضي به ، فمعنى ذلك نشوء مركز قانوني اثباتي وقت اعداد أو وجوب اعداد الدليل المهيأ أو وقت حصول الوقائع المستخلصة منها القرينة القانونية ، بحيث لا يملك قانون جديد - دون رجعية - اعادة النظر فيه(٢) . وعلى ذلك ، فحيث ينشيء القانون قرينة لم تكن موجودة ، فانها لا تسرى على الوقائع السابقة أو تستخلص منها(٣) . وكذلك حيث يلغي القانون قرينة كان يفرضها من قبل ، فان الوقائع السابقة تبقى خاضعة لما كان مستخلصا منها - وقت وقوعها - من قرينة .

٢٠٨ - التنازع الزماني بين قوانين المرافعات(٤)

في شأن هذا التنازع ، يعمل المشرع المصري مبدأ انعدام الأثر الرجعي

---

(١) راجع في ذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٦ - ١٧٨ .

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 449, 450.

(٣) ولذلك فان المادة ٩١٧ من التقنين المدني المصري الحالي التي استحدثت قرينة قانونية على نية الايصاء من تصرف الشخص الى أحد ورثته ولكن مع احتفاظه بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته . لا تسرى على التصرفات السابقة على نفاذ هذا التقنين والا كان سريانها رجعيا (في هذا المعنى : عبد المنعم البدراوي عقد البيع في القانون المدني ، ١٩٥٧ ، فقرة ٤٨ . - منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة : البيع والمقايضة والايجار ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٦ ، ص ٣٢ . - مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٨ . - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، هامش ص ٢٥ . - نقض ١٤ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض . س ١٥ ، رقم ١٠٧ ، ص ٦٧٢ . - نقض ١٣ فبراير ١٩٦٨ ، المجموعة السالفة ، س ١٩ ، ع ١ رقم ٤٠ ص ٢٧١ . - نقض ٢٢ ابريل ١٩٦٩ ، المجموعة السالفة . س ٢٠ ، ع ٢ رقم ١٠٥ ص ٦٤٩ . - ولكن قارن : أنور سلطان . شرح البيع والمقايضة . الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٨ ، ص ٤٢ - ٤٤) .

(٤) أنظر : مقالنا سالف الذكر : ص ١٥٢ - ١٥٨ . - أحمد أبو الوفا التنازع الزمني لقوانين المرافعات ، مجلة الحقوق ، س ١٥ ، ع ١ ، ص ٣١ - ١١٠ .

للقانون الجديد من ناحيــة ، ومبدأ أثره المباشر من ناحية ثانية . غير أنه لا يطلق هــذا المبدأ الثانى كل الاطلاق ، بل يحد منه فى أحوال معينة بما يؤدى الى اعطاء القانون القديم أثر مستمرا .

(١) انعدام الأثر الرجعى للقانون الجــديد : يطبق المشرع المصرى مبدأ عدم الرجعية بنصه على أن كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك (م ٢/١ مرافعات) . ومعنى ذلك أن اجراءات المرافعات تخضع للقــانون الذى تتم فى ظله ، فاذا تمت صحيحة طبقا لما يتطلبه هذا القانون ، فهى تبقى صحيحة رغم صــدور قانون جديد يستلزم شروطا أخرى لصحة هذه الاجراءات . ذلك أن اعمال القانون الجديد وابطال ما تم صحيحا منها فى ظل القانون القديم ، انما يعتبر سحبا للقانون الجديد على الماضى ، وهو ما لا يجوز كقاعدة عامة لانعدام أثره الرجعى . ويقتضى ذلك القول كذلك بأنه اذا وقعت بعض اجراءات المرافعات باطلة طبقا للقانون الذى تمت فى ظله ، فتظل باطلة كما كانت رغم صدور قانون جديد يعتبر مثل هذا النوع من الاجراءات صحيحا[١] .

وكذلك فتأكيدا لانعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد ، تنص المادة ٢/٢ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها »[٢] .

(٢) الأثر المباشر للقانون الجديد : تشير الى هذا الأثر المادة الأولى من تقنين المرافعات بقولها « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بهــا » . ومعنى ذلك أن القانون الجديد يسرى على الدعاوى المرفوعة فى ظل القــانون القديم والتى لا تزال منظورة أمام القضاء . ولذلك اذا قرر قانون جديد مثلا نقل الاختصاص بنظر طائفة من الدعاوى من جهة قضائية الى جهة قضــائية أخرى ، أو من

---

(١) أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، فقرة ١٢ ، ص ٦٤ ــ ٦٦ .

(٢) انظر فى ذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١٥٤ .

محكمة الى محكمة أخرى فى نفس الجهة القضائية ، فيثبت الاختصاص للجهة القضائية أو المحكمة الجديدة بنظر كل دعوى من هذه الطائفة سبق رفعها فى ظل القانون القديم الى الجهة القضائية أو المحكمة الأولى وما زالت منظورة أمامها لم تفصل فيها بعد .

وتطبيقا للاثر المباشر للقانون الجديد ، سبق أن نص القانون الصادر بالغاء المحاكم المختلطة على أن تحال الى المحاكم الوطنية كل الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحاكم المختلطة عند حلول موعد الالغاء وبالحالة التى تكون عليها . ونص قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد على أن تحيل المحاكم بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا التقنين وذلك بالحالة التى تكون عليها .

(٣) أحوال الخروج على الأثر المباشر للقانون الجديد : رغم أن المبدأ هو تطبيق القانون الجديد للمرافعات بأثر مباشر ، فقد استقر القضاء والفقه فى فرنسا على الخروج على هذا المبدأ فى أحوال معينة بما يؤدى الى تطبيق القانون القديم بأثر مستمر . وسايرهما فى ذلك المشرع المصرى ، فأورد بضعة استثناءات من مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات نعرض لها بايجاز فيما يلى[1] :

١ - لا تسرى **القوانين المعدلة للاختصاص** [2] على الدعاوى التى أقفل فيها باب **المرافعة** قبل نفاذها (م ١/١ مرافعات) فتستمر الولاية القديمة للمحكمة الأصلية وتقوم باصدار الحكم فيها . ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد الى ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم اعادة النظر فى نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه .

---

(١) راجع فى هذه الاستثناءات مقالنا سالف الذكر ص ١٥٦ - ١٥٨ - . - أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) يخرج من نطاق هذا الاستثناء القوانين التى تمنع كل جهات القضاء من نظر هذا النوع من الدعاوى (أنظر أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، فقرة ٢٠ ص ٨٦) .

٢ - لا تسرى **القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات** (١) على ما بدأ قبل نفاذها من مواعيد (م ١/٢ مرافعات) . فاذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات وصدر قبل تمامه قانون معدل له ، فلا يسرى القانون الجديد استثناء مما له من أثر مباشر . بل يستمر الميعاد فى جريانه حتى ينتهى وفقا للقانون القديم الذى بدأ فى ظله . والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد فى نهايته على نفس الأساس الذى قامت عليه بدايته(٢) .

٣ - لا تسرى **القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن** على الاحكام الصادرة قبل نفاذها (م ١/٣ مرافعات) . فاذا صدر قانون ألغى طريقا من طرق الطعن كان موجودا أو أنشأ طريقا جديدا من طرق الطعن لم يكن موجودا ، فلا يسرى هذا القانون على الاحكام التى صدرت قبل نفاذه(٣) . وعلى ذلك فالحكم القابل للطعن بطريق الاستئناف يظل قابلا للاستئناف رغم

---

(١) يخرج من نطاق هذا الاستثناء القوانين المستحدثة للمواعيد ، فهى لا تسرى - منعا من الرجعية - الا من تاريخ نفاذها كما سلف البيان (أنظر سابقا ص ٣٨٩ . - وأنظر كذلك : أحمد ابو الوفا ، المقالة السابقة ، ص ٩٥) .

(٢) وفى ذلك مخالفة للقواعد الخاصة بالسريان الزمانى للقوانين المطيلة أو المقصرة لمدة التقادم والتى كان يجب أعمالها فى شأن القوانين المعدلة للمواعيد والمهل بوجه عام ، توحيدا للحلول القانونية فى صدد المشاكل المتماثلة .

Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 730.

ولعل هذه المخالفة تجد ما يبررها من قصر مواعيد المرافعات بالنسبة الى مدد التقادم .

(٣) غير أن هذه الحالة لا تمثل استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فى كل الصور . فحيث يتعلق الأمر بأحكام نهائية أو صارت نهائية قبل نفاذ قانون منشىء لطريق جديد من طرق الطعن ، فيكون من الطبيعى عدم سريانها عليها ، بل يكون من الرجعية - أمام تمام تكوين المركز القانونى فى ظل القانون القديم - تقرير هذا السريان (قارب : نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، س ٣ ، رقم ٨٩ ، ص ٥٢٠) . اما اذا تعلق الأمر بأحكام غير نهائية أو لم تصر بعد نهائية قبل نفاذ قانون جديد ملغ لطريق من طريق الطعن كان موجودا فمقتضى الأثر المباشر تقرير سريانه على مثل هذه الأحكام لأن المركز القانونى ما زال جاريا لم يتم بعد تمام تكوينه . ويكون استثناء حقيقيا من مبدأ الأثر المباشر حينئذ منع هذا السريان وتقرير استمرار سريان القانون القديم (قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار أن سريان القانون الجديد المنشىء أو الملغى لطريق من طرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذه - نهائية كانت أو غير نهائية - هو سريان رجعى وان منع هذا السريان هو محض تطبيق لمبدأ عدم الرجعية .

Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 728.

صدور قانون جديد يلغى هذا الطريق من طرق الطعن فى شأن مثل هذا النوع من الأحكام ، والحكم غير القابل للطعن بطريق النقض لا يصبح قابلا للطعن فيه بهذا الطريق بعد صدور قانون جديد يبيح الطعن بالنقض فى مثل هذا النوع من الاحكام(١) •

٢٠٩ ـ التنازع الزمانى بين قوانين العقوبات

(١) التشدد فى مبدأ عدم الرجعية : أشرنا من قبل الى أن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع كقاعدة عامة • فللمشرع ـ اذا أراد ـ سحب القوانين على الماضى بنصه صراحة على ذلك • غير أن سلطته فى هذا الشأن معدومة فى مسائل العقوبات • فالمبدأ هو عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية أى تلك التى تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها ، وهو مبدأ يقيد المشرع كما يقيد القاضى ، فلا يملك المشرع ـ حتى بنص صريح منه ـ الخروج عليه • وقد حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة وتقنين العقوبات المصرى على النص على هذا المبدأ • والواقع أن هذا المبدأ ألزم ما يكون فى قوانين العقوبات بخاصة ، وذلك كفالة للحريات الفردية ومنعا من التوصل الى العقاب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها •

ومقتضى مبدأ عدم الرجعية أن يكون التجريم والعقاب محكوما بالقانون الذى يرتكب الفعل فى ظله ، فلا يسرى على هذا الفعل أى قانون جديد • ولا خلاف على اعمال هذا المبدأ ، ليس فحسب حيث يقرر القانون الجديد التجريم والعقاب على فعل كان وقت ارتكابه مباحا ، بل كذلك حيث يكون الفعل وقت ارتكابه معتبرا جريمة معاقبا عليها ولكن يقرر القانون الجديد تشديد هذا العقاب •

(٢) رجعية قوانين العقوبات الأصلح للمتهم : ليس مبدأ عدم رجعية قوانين العقوبات بالمطلق اذ يرد عليه استثناء خاص بقوانين العقوبات الأصلح

---

(١) حكم محكمة النقض المذكور فى الهامش السابق •

للمتهم(١) ، فيكون للمتهم الاستفادة من القوانين التي تصدر بعد ارتكاب الجريمة اذا كانت أصلح له من القوانين التي ارتكب الجريمة في ظلها . وحكمة هذا الاستثناء ظاهرة ، اذ يقضي الصالح العام - وهو الذي تتكيف به الجريمة والعقوبة على السواء - بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة أفعالا مباحة ، أو بعقوبات قد ظهرت شدتها فانتهى الأمر الى تخفيفها .

وقد نص تقنين العقوبات المصرى على هذا الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على أنه « اذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم ، فهو الذى يتبع دون غيره . واذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية » (م ٥/٢ و ٣) . ويقتضى اعمال هذا النص التفرقة بين ما اذا كان القانون الجديد يقتصر على تخفيف العقوبة أم يصل الى الغائها أو منعها أو الغاء الجريمة .

١ - **تخفيف العقوبة** : اذا صدر قانون جديد ينص على عقوبة أخف من العقوبة المقررة في القانون القديم ، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبت في ظل القانون القديم ما دام لم يصدر حكم نهائي بشأنها (م ٥/٣ عقوبات) أى أن استفادة المجرم أو المتهم من القانون الجديد في هذه الحالة - رغم ارتكاب الجريمة في ظل القانون القديم - رهن بعدم صدور حكم نهائي

---

(١) ومع ذلك ، ينكر الأستاذ « روبييه » ان في سريان قوانين العقوبات الأصلح للمتهم على الجرائم المرتكبة قبل نفاذها خروجا على مبدأ عدم الرجعية ، أنظر سابقا ، ص ٣٦١ - ٣٦٢ وهامش «١» ص ٣٦٢ . وأنظر في انتقاد هذا الرأى : (Esmein, op. cit., p. 153 .

ومن ناحية أخرى يذهب « ديجى » الى أنه اذا كان التجريم يخضع للقانون السائد وقت ارتكاب الفعل ، فان العقاب يخضع للقانون السائد وقت الحكم . ولذلك فالأصل عنده في العقاب هو سريان القانون النافذ وقت الحكم ، سواء كان أخف أو أشد من القانون النافذ وقت ارتكاب الجرم ، وهو سريان طبيعي لا شبهة للرجعية فيه . ولكن خروجا على هذا السريان الأصلي (أو المباشر) ، يخضع العقاب للقانون الذى ارتكب الجرم في ظله اذا كان هذا القانون أخف وأصلح للمتهم من القانون الذى يصدر الحكم في ظله . وبذلك يقلب « ديجى » الوضع المسلم في العقاب ، فيجعل الأصل هو تطبيق قانون وقت الحكم ، والاستثناء - لافادة المتهم - هو تطبيق قانون الجرم .

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, pp. 261 - 266 :

بالعقوبة . والمقصود بالحكم النهائى ذلك الحكم الذى استنفدت كل طرق الطعن فيه . فالمتهم يستفيد اذن من كل قانون جديد يصدر بتخفيف العقاب حتى بعد صدور حكم في شأن جريمته ، ما دام هذا الحكم لم يصبح نهائيا بعد لأنه ما يزال قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض . أما اذا أصبح الحكم نهائيا فامتنع الطعن فيه باحدى هذه الطرق ، فكل تخفيف للعقاب يأتي به قانون يصدر بعد ذلك لا يستفيد منه المحكوم . وحكمة ذلك واضحة ، اذ أن اعمال التخفيف يقتضى حكما جديدا يقرره ، وهو أمر بات مستحيلا أمام ما للحكم النهائى بالعقاب من قوة الأمر المقضى .

٢ ـ **الغاء الجريمة أو منع العقوبة** : اذا صدر قانون جديد يعتبر فعلا مباحا ما كان معتبرا جريمة فى نظر القانون القديم أو يوجد مانعا من موانع العقاب عليها ، فيستفيد منه كل شخص ارتكب هذه الجريمة فى ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى بالعقاب (م ٥/٣) . فصيرورة الحكم نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه ، بل وابتداء تنفيذه ، لا يحرم المحكوم عليه من الافادة من القانون الجديد بما يؤدى فى هذه الحالة الى وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل آثاره الجنائية . وواضح أن عدم التقيد بنهائية الحكم فى هذه الحالة ـ على خلاف حالة تخفيف العقاب ـ مرده الى أن أعمال القانون الملغى للتجريم أو المانع من العقاب لا يتوقف على صدور حكم قضائى جديد بحيث تقف أمامه عقبة قوة الأمر المقضى ، فيكفى حينئذ وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها(١) .

غير أن الافادة من القانون الجديد فى هذه الحالة لا تنصرف الى قوانين العقوبات المؤقتة(٢) . فانتهاء فترة سريانها لا يحول دون ملاحقة من خالفها

---

(١) فى هذا المعنى :
Esmein, op. cit., p. 156.

(٢) أنظر فى اتساع « قوانين العقوبات المؤقتة » للقوانين المؤقتة بالنص والقوانين المؤقتة بالطبيعة على السواء ، وفى انتقاد مسلك محكمة النقض المصرية (نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (جنائى) ، ج ٧ رقم ٦٩ ، ص ٦٣) فى قصرها على القوانين المؤقتة بالنص وحدها : السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ١٠٤ و١٠٥ . مقالنا سالف الذكر ، ص ١٦٢ و ١٦٤ . ـ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ فقرة ١٠٥ ، ص ١٢٥ .

أو المضى فى تنفيذ العقوبات المحكوم بها طبقا لها (م ٥/٤ عقوبات) . وحكمة ذلك أنه بانقضاء فترة سريان القانون الجنائى المؤقت تعتبر أفعالا مباحة الجرائم المنصوص عليها فيه ، فيكون من الواجب طبقا للمقرر من الافادة من القانون الأصلح أن يفيد من هذه الاباحة كل شخص ارتكب هذه الجرائم سواء حكم عليه نهائيا أو لم يكن قد حكم عليه بعد ، وهو ما يؤدى - نظرا الى ما لمثل هذا القانون من سريان مؤقت محدود - الى التشجيع على ارتكاب ما ينص عليه من جرائم طمعا فى الافادة من الاعفاء من العقاب عليها وانقضاء آثارها الجنائية بفوات فترة السريان المحدودة لهذا القانون .

الباب الثانى

تفسير القاعدة القانونية(١)

٢١٠ ـ تمهيد وتقسيم

اذا تعين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانهـا على ما بسطناه فى الباب السابق ، لم يبق ـ لامكان تطبيق القاعدة القانونية على فروض الواقع ـ الا تفسيرها ، أى الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب اعطاؤه لما قد يعرض فى العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية .

فالتفسير اذن له معنى أوسع مما يتصور له أول وهلة . فهو ينصرف لا الى التشريع وحده أو القوانين المكتوبة بوجه عام ـ كما يرى بعض الفقهاء(٢) ـ ولكن الى بقية المصادر الرسمية الاخرى للقانون كذلك ، كالعرف والدين والقضاء فى الدول التى تعده مصدرا رسميا للقانون فيها ، وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصادر الرسمية من أحكام تنطبق على ما تواجهه من فروض . فان عجزت كل هذه المصادر الرسمية عن اعطاء الحكم لبعض ما قد يستجد من فروض فى العمل ، فلا مناص حينئذ من دفع التفسير ـ كما سنرى ـ الى غيرها من المصادر المادية أو الموضوعية للقانون لاستنباط الحكم منها ، فهى التى تمثل جوهر القانون ومصدره الحقيقى . فمشكلة التفسير

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804. — Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2ème éd., 1932. — Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er, ccs.

(٢) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٨ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٢٠١ .

اذن مشكلة عامة تثار بصدد كل المصادر الرسمية للقانون على اختلافها ، ثم تجاوز ذلك كله - عند نقصها - الى المصادر الأولية المكونة لجوهره ٠

وينبغى الوقوف - فى صدد مشكلة تفسير القاعدة القانونية - على أنواع التفسير والهيئات المختلفة التى قد تقوم به ٠ ثم التعرف بعد ذلك على المدارس والمذاهب المختلفة فى فقه التفسير ، وهى التى ينعكس أثر اختلافها على ضوابط التفسير وطرائقه ٠

ومن هنا ، نقسم الباب الى فصلين :

الفصل الأول - فى أنواع التفسير ٠

الفصل الثانى - فى مدارس التفسير وطرائقه ٠

الفصل الأول

أنواع التفسير

لا تستقل هيئة واحدة بمهمة تفسير القواعد القانونية ، بل قد تقوم بها هيئات مختلفة : فقد يصدر التفسير عن المشرع نفسه ، وقد يصدر عن الفقه ، أو قد يقوم به القضاء حينما يدعى الى تطبيق القواعد القانونية ·

٢١١ ـ التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي (L'interprétation législative) قيام المشرع نفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد فى تشريع سابق اشتد حول تفسيره الخلاف فى القضاء ، أو أخذ القضاء فى تفسيره بمعنى يتنافى قصد المشرع منه · ففى مثل هذه الأحوال يرى المشرع من واجبه التدخل حسما للخلاف ، أو بيانا للمعنى المقصود من التشريع · وقد كان هذا النوع من التفسير رائجا فى الجماعات القديمة ، بل كان معتبرا أهم أنواع تفسير القانون فيها · غير أنه لم يعد للتفسير التشريعى فى العصر الحديث اليوم الا حظ ضئيل فى تفسير القواعد القانونية ، بالنظر الى انتشار مبدأ فصل السلطات واقتصار المشرع على فرض القواعد القانونية والالزام بها ، تاركا الى القضاء مهمة تفسيرها وتطبيقها على فروض العمل المختلفة ·

وفى الحالات النادرة التى يتدخل فيها المشرع اليوم لتفسير تشريع سابق ، يكون هذا التفسير ملزما للمحاكم بحيث تتقيد به فى الحكم وفقا للتشريع السابق · وقد أشرنا من قبل الى مدى سريان التشريعات التفسيرية فى الزمان ، ووجوب تطبيقها على كل ما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا ·

ومن أمثلة التفسيرات التشريعية فى مصر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى فسر ما قرره المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الالزامى للعملة الورقية من بطلان شرط الدفع بالذهب ، بأن هذا

البطلان لا يقتصر على المعاملات الداخلية بل يمتد كذلك الى المعاملات الخارجية .

والتفسير التشريعي يصدر عادة من الهيئة التي أصدرت التشريع المراد تفسيره كما في الأمثلة السابقة . غير أن ضرورات العمل قد تدعو الى تخويل هيئة أخرى حق القيام بهذا التفسير ، مما يعتبر معه تفسيرها تفسيرا تشريعيا ملزما كذلك . ومثال ذلك ما يخوله المشرع للهيئة العامة للاصلاح الزراعي من سلطة تفسير أحكام قانون الاصلاح الزراعي تفسيرا تشريعيا ملزما ، وما كان يخوله للجنة عليا محددة(١) من سلطة التفسير التشريعي لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة .

وقد سلفت الاشارة الى أن المشرع أعطى للمحكمة العليا اخيرا سلطة تفسير النصوص التشريعية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائي ، وذلك بناء على طلب وزير العدل ، على أن يكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما (م ٤/٢ من قانون المحكمة العليا) ، وذلك بقصد الاستغناء عن قيام المشرع بنفسه أو عن طريق لجان مفوضة باصدار تشريعات تفسيرية . ولذلك تعتبر قرارات المحكمة العليا بالتفسير من قبيل التشريعات التفسيرية وتكون لها نفس قوتها الالزامية(٢) . وقد نص الدستور المصرى الجديد لسنة ١٩٧١ بصدد انشائه المحكمة الدستورية العليا التي سوف تحل محل المحكمة العليا الحالية على اختصاص المحكمة الجديدة كذلك بتفسير النصوص التشريعية (م ١/١٧٥) ، وعلى نشر قراراتها الصادرة بالتفسير في الجريدة الرسمية (م ١٧٨) .

٢١٢ – التفسير الفقهي والقضائي

يقصد بالتفسير الفقهي (L'interprétation doctrinale) ذلك التفسير الذى يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون . أما التفسير القضائي

---

(١) تتشكل هذه اللجنة برياسة وزير العدل وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة ورئيس ديوان الموظفين ووكيل وزارة الخزانة (م ٩٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ فى شأن نظام العاملين المدنيين بالدولة) .

(٢) انظر سابقا : ص ٣٠٩ – ٣١٠ .

(L'interprétation Judiciaire) ، فيقصد به ذلك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما تدعى الى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة اليها • والتفسير الفقهى والقضائى هو ما نقصده أساسا من الكلام فى تفسير القاعدة القانونية • ويراعى أن القضاء ـ وهو لا يندفع الى التفسير الا للحكم فيما أمامه من منازعات وأقضية ـ يتأثر الى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقه تغلب على تفسيره الصفة النظرية ، اذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون فى تجريدها ، لا فى تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة معينة • ولا يعنى ذلك وجود تعارض تام بين الفقه والقضاء ، فهما ـ على العكس من ذلك ـ يحرصان على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء • فالتفسير الفقهى يسبق عادة التفسير القضائى ويعين عليه ، وهو يضطر القضاء على أى حال ـ أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية ـ الى اتخاذ موقف منها بالانحياز الى بعضها دون البعض الآخر • والتفسير القضائى كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه ، فيحاول ـ عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام ـ استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء • وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريدى البحت ، مما قد يدعوه الى اعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو الى تضييق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية • ولكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاها معينا للقضاء الى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه من قبل من تفسير •

الفصل الثانى

مدارس التفسير وطرائقه

توجد مدارس رئيسية ثلاث تختلف فى طرائق التفسير تبعا لاختلاف النظرة فيما بينها الى أصل القانون وأساسه . فحيث يعقد القانون بارادة الدولة وتنحصر مصادره فى التشريع ، تظهر مدرسة التزام النص فى التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه انبعاث من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها ، توجد المدرسة التاريخية أو الاجتماعية فى التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه جوهر وصناعة أو علم وصياغة ، توجد المدرسة العلمية أو مدرسة البحث والتفسير الحر . فنعرض لكل من هذه المدارس ، وما تتبعه من طرائق فى التفسير ، ثم للتفسير فى القانون المصرى .

المطلب الأول

مدرسة التزام النص

L'Ecole de l'exégèse

٢١٣ ـ فقه مدرسة التزام النص وطرائقها(١)

ظهرت هذه المدرسة فى أعقاب التقنينات الفرنسية التى صدرت فى مفتتح القرن التاسع عشر ، اذ بهرتها حركة التقنين الضخمة التى لم يكن للناس عهد بها وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلى فى رد القانون الى ارادة الدولة ومشيئة المشرع . فنادت الى القول بأنه لا يوجد شىء وراء

---

(١) أنظر فى ذلك بصفة خاصة :

Bonneacase. Introduction à l'étude du droit. 3e éd. 1939. Nos. 140 - 154. — Gény, op. cit., t. I, Nos. 8 - 30.

التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وان هذه التقنينات قد جمعت فاوعت وتنبأت بكل ما قد يعرض في المستقبل من فروض ·

وأمام هذا المنطق في تصور تكوين القانون ، أضفت هذه المدرسة على نصوص التشريع قدسية كبيرة حتى لكأنها تنزيل من عند الله · ولم تقدس مضمون هذه النصوص فحسب ، بل قدست فضلا عن ذلك الترتيب الواردة به في التقنينات . فجرت شروح فقهائها على تناولها نصا نصا بحسب ترتيبها الرسمي . حتى عرفت هذه المدرسة كذلك بـ « مدرسة الشرح على المتون » ·

ولم يكن بد ـ والتشريع يعتبر على هذا النحو المصدر الوحيد للقانون ، ونصوصه في مس هذا المكان من التقديس ـ من أن يقوم تفسير القانون في منطق هذه المدرسة على مجرد تفسير نصوص التشريع · ولما كان التشريع لا يصدر الا عن ارادة واعية بصيرة هي ارادة المشرع ، فتفسير نصوصه ينحصر ـ عند هذه المدرسة ـ في الوقوف على هذه الارادة وقت وضعها لا وقت تطبيقها ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيرا كبيرا بين وقت وضع النصوص ووقت تطبيقها · فالقواعد القانونية اذن هي مجرد تعبير عن ارادة المشرع . فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة · ومن هنا ، يتحتم ـ للوقوف على مضمون القواعد القانونية ـ الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية ان وجدت ، فان لم توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة · غير أن مدرسة التزام النص لم تذهب الى حد الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة في مجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات ·

أولا ـ الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية :

اذا كان النص واضحا في صيغته ولا خفاء في معناه ، فهو يكشف في يسر عن ارادة المشرع بمجرد التفسير اللفظي أو اللغوي ، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلي للنص ، اذ كما يقولون « لا اجتهاد مع النص » · غير أن من النادر أن يأتي النص واضحا وضوحا لا يحتاج معه الى أكثر من التفسير اللفظي أو اللغوي ، فقد يكون مبهما أو ناقصا · وهنا يرجع ـ في

الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية - الى عناصر خارجية لا تستمد من ألفاظ النص .

(١) فقد تعين **حكمة التشريع** على تبين المقصود من ألفاظ النص . فقانون العقوبات مثلا يعتبر الليل ظرفا مشددا للعقاب على جريمة السرقة . ولما كان للفظ « الليل » معنيان : معنى لغوى يفيد فترة الاظلام ، ومعنى فلكى يفيد الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها ، فلا يفيد فى ترجيح أحد المعنيين الا الوقوف على الحكمة من تشديد العقاب . وظاهر ان هذه الحكمة هى اتخاذ الليل ستارا يسهل فى ظلامه ارتكاب السرقة . ومن هنا ، ينبغى أخذ « الليل » فى تشديد العقاب بمعناه اللغوى لا بمعناه الفلكى . واعتبار هذا المعنى هو الذى اتجه اليه قصد المشرع الحقيقى .

(٢) وقد يستعان **بالمصادر التاريخية** التى استقى المشرع منها نصوصه فى الوقوف على ارادته الحقيقية . فيرجع مثلا فى القانون المصرى الى الشريعة الاسلامية لتفهم النصوص التشريعية الخاصة بالشفعة والميراث والوصية ، باعتبارها مصدرها التاريخى . ويرجع الى القانون الفرنسى لتفهم كثير من النصوص التشريعية التى استقاها المشرع منه .

(٣) وكثيرا ما يستعان كذلك **بالأعمال التحضيرية** التى صاحبت وضع نصوص التشريعات والمناقشات التى دارت حولها للوقوف على معناها وقصد المشرع الحقيقى منها(١) .

ثانيا - الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة :

(١) **الاستعانة بطرق الاستنتاج المنطقى** : اذا لم توجد ارادة حقيقية للمشرع يمكن الوقوف عليها بالوسائل السابقة ، بأن لم توجد نصوص

---

(١) وتأثرا بذلك ، يشتد الاهتمام فى العصر الحديث بنشر هذه الأعمال التحضيرية للاستعانة بها فى التفسير . ومن الأمثلة البارزة على ذلك ، نشر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الحالى فى سبعة أجزاء ، تضم مختلف المراحل التى مرت بها نصوصه وما دار حولها من مناقشات وطرأ عليها من تعديلات الى أن اخرجت بصورتها النهائية الحالية .

تنطبق مباشرة على بعض فروض العمل ، فتستخرج الحلول الواجب اعطاؤها لهذه الفروض من نصوص التشريع نفسه بواسطة طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، وتنسب هذه الحلول الى المشرع نفسه على أساس أن هذه هي ارادته المفترضة ، أى على أساس افتراض وجود ارادة للمشرع فى الأخذ بهذه الحلول وان يكن قد أغفل التعبير عنها . ومرد هـذا الافتراض الى أن المشرع اما قد نص على نفس هذه الحلول فى فروض مشابهة أو فى فروض تكون علة الحكم فيها أضعف من علته فى الفروض غير المنصوص عليها ، واما قد نص عـلى عكس هذه الحلول فى الفروض المخالفة . أى يقوم افتراض ارادة المشرع على الاستنتاج عن طريق القياس ، أو الاستنتاج من باب أولى ، أو الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

١ ـ **الاستنتاج عن طريق القياس** : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة فى الحالتين . فمثلا كانت المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى المصرى القديم تنص على أن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، فأمكن قياس الختم والبصمة على الامضاء واعطاؤهما نفس الحكم(١) . وتنص المـادة ٩٩٧ من التقنين المدنى الحالى على عدم جواز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى . فيقاس على عـدم جواز النزول فى هذا الشأن عدم جواز الايجار ، اذ العلة واحدة فى الحالتين وهى اقتصـار الحق على صـاحبه نفسـه هو وأسرته وبمقـدار حـاجتهم الشخصية(٢) .

٢ ـ **الاستنتاج من باب أولى** : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها ، لأن علة الحكم فى الحالة الأولى تكون أكثر توافرا

---

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢٠٩ .
(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٦ س ١٩٦٨ ، فقرة ٥٤٦ ، ص ١٢٧٦ .

منها في الحالة الثانية(١) • فتقنين العقوبات المصرى مثلا يخفف العقاب على من يقتل زوجته وشريكها حال تلبسها بالزنا ، فيسرى التخفيف الوارد بشأن القتل على الضرب المحدث لعاهة مستديمة من باب أولى • والتقنين المدنى المصرى يقرر امتيازا للنفقة المستحقة للأقارب عن الستة الأشهر الأخيرة ، فيستخلص منه البعض من باب أولى تقرير نفس الامتياز للنفقة المستحقة للزوجة باعتبار أن نفقة الزوجة أولى بالامتياز من نفقة الأقارب(٢) •

٣ - **الاستنتاج من مفهوم المخالفة** : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عنها عكس حكم حالة منصوص عليها ، اما لاختلاف العلة في الحالتين . واما لأن اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات نفس النوع •

فالمادة الرابعة مثلا من التقنين المدنى تنص على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فيستنتج بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالا غير مشروع يكون مسئولا عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر • وتنص المادة ١١٣٧ من هذا التقنين على أن « الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة الى جانب الحقوق المقرره بنصوص خاصة » ، فيستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن الحقوق التى لم ينص على امتيازها لا تكون حقوقا ممتازة بل تكون مجرد حقوق عادية •

وفى التقنين المدنى القديم كان منصوصا على بطلان بيع الحقوق في تركة مستقبلة ، فاستنتج من مفهوم المخالفة ان كل ما عدا ذلك من بيع الأشياء المستقبلة يعتبر صحيحا ، على أساس اعتبار أنه قد قصد تخصيص حالة بيع التركة المستقبلة بالبطلان دون غيرها من حالات بيع الأشياء المستقبلة(٣) ، وقد أخذ التقنين المدنى الحالى صراحة بمضمون هذا الاستنتاج (م ١٣١) •

---

(١) ومن الأمثلة البارزة التى يضربها علماء أصول الفقه في الشريعة الاسلامية على ذلك حظر ضرب الوالدين والديه استنتاجا من باب أولى من قوله تعالى « ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما » •

(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق . الطبعة الثالثة ١٩٥٧ . فقرة ١٢٩ ، ص ٢٠٩ • عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٤٦ ، ص ٢٢١ •

(٣) عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢١١ •

(٢) استخلاص مبادىء عامة من النصوص واستخراج حلول من هذه المبادىء : اذا لم تفلح كل طرق الاستنتاج المنطقى هذه فى ايجاد حلول لما يستجد فى العمل من فروض ، فيلجأ الى استخراج بعض المبادىء والنظريات العامة من نصوص التشريع المختلفة ، ونسبة هذه المبادىء والنظريات افتراضا الى ارادة المشرع وقت وضع التشريع ، ثم الاعتماد عليها فى تفريع واستخلاص الحلول اللازمة لمواجهة فروض العمل الجديدة على أساس انها كذلك قصد المشرع وارادته المفترضة(١) .

ثالثا — الوقوف عند الارادة الحقيقية للمشرع فى بعض المسائل الجنائية :

ولكن مدرسة التزام النص لا تطلق التفسير واسعا على النحو السالف بيانه فى كل المسائل . ففى المسائل الجنائية ، يرى انه يجب اتباع التفسير الضيق الذى يقنع بتبين الارادة الحقيقية للمشرع دون مجاوزة ذلك الى ارادة مفترضة له . وذلك احتراما للقاعدة الأصولية فى المسائل الجنائية التى تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » .

غير أن هذه القاعدة تعين نطاق التفسير الضيق الواجب فى المسائل الجنائية بمجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات فحسب ، اذ يؤدى التوسع فى التفسير فى هذا المجال الى خلق جرائم أو فرض عقوبات لا ينص عليها القانون والخروج بالتالى على هذه القاعدة . أما فى غير هذا المجال ، حيث يتعلق الأمر بالاجراءات الجنائية أو المنع من العقاب أو الاعفاء من المسئولية الجنائية ، فلا حرج من التوسع فى التفسير على النحو السابق بيانه .

وهذا المذهب فى تفسير القانون الجنائى ، هو المسلم الى اليوم فى الفقه الحديث(٢) .

---

(١) Coste-Floret, Les problèmes fondementaux du droit, 1946. p. 113.

(٢) راجع فى تفسير القانون الجنائى :

السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٨٤ — ٨٧ . — محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق . فقرات ٧٢ — ٨٢ ، وخاصة فقرات ٨٠ و ٨١ .

٢١٤ - نقد مدرسة التزام النص(١)

تلك هى مدرسة التزام النص فى تفسير القانون . وعيب نهجها فى التفسير يتركز أولا فى فساد الأساس الذى تقوم عليه فى تصور القانون . فالقانون عندها هو ارادة الدولة ولا شىء غير ارادتها ، مما يستتبع أن يكون التشريع هو مصدره الوحيد . ولا حاجة الى بيان فساد هذه النظرة الشكلية الى القانون .

وهذه النظرة الضيقة الى القانون أدت الى وقف جهد التفسير على نصوص التشريع والاسراف فى استعمال طرق التفسير اللفظى أو اللغوى بشأنه . وفى الاعتماد على الأعمال التحضيرية التى مهدت لوضعها . رغم أنه ليس له حجية مطلقة فى بيان قصد المشرع ، لما قد يشوبها من أخطاء أو يقع فيها من تناقض .

وكذلك أدى منطق هذه المدرسة الى دوران التفسير كله فى فلك ارادة المشرع ، للوقوف - ليس فقط على ما اتجهت اليه هذه الارادة فعلا - ولكن كذلك على ما يفترض انها كانت تتجه اليه وقت وضع النصوص لو أنه عرض أمامها ما سوف يستجد فى العمل من فروض . وفى ذلك أسرف فقهاء هذه المدرسة فى الاعتماد اعتمادا كبيرا على طرق الاستنتاج المنطقى المختلفة ، رغم ما ينبغى من حذر شديد فى الالتجاء اليها . فيجب عدم اطلاق الاستنتاج عن طريق القياس بل قصره فحسب على الحالات التى لا يكون فيها النص المقاس عليه مقررا لحكم استثنائى . والالتجاء الى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة غير مأمون العواقب ، اذ قد يكون الحكم المنصوص عليه مجرد حكم وارد على سبيل التمثيل بحالة معينة تطبيقا لقاعدة عامة لا على سبيل الحصر والاستثناء ، فيكون من الخطأ اذن اعتبار هذا الحكم بصفة مطلقة خاصا بتلك الحالة دون غيرها من الحالات الأخرى المشتركة فى نفس الصفة والوضع واعطاء هذه الحالات حكما عكسيا لحكمها .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., I, Nos. 31 - 36; 60 - 82. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 284.

وكذلك فالعبودية للنصوص التى هى طابع هذه المدرسة ، ومنطقها فى قسر هـذه النصوص قسرا لاستخلاص حلول ومبادىء ونظريات عامة تنسب زورا الى ارادة المشرع توصلا الى اكسابها نفس القدسـية التى تتمتع بهـا النصوص ، كل ذلك أدى الى الجمود بالقانون وعرقلة تطوره وحصره فى ارادة مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص ، حتى ولو بعد بوضعها العهد وتغيرت ظروف الحياة فى الجماعة أيما تغير ٠

المطلب الثانى

المدرسة التاريخية أو الاجتماعية(١)

L'Ecole Historique ou Sociologique

٢١٥ ـ تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة فى ألمانيا ولم تجد لها فى فرنسا الا أنصارا قليلين ٠ وتأثرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخى فى تصـور القانون باعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة ٠ ولذلك لم تكن لارادة المشرع عند هذه المدرسة قيمة فى ذاتها ، وانما كل قيمتها فى تعبيرها عن حاجات الجمـاعة المتطـورة المتجددة ٠ ومن هنا ، فالنصوص اذا وضعت تنفصـل عن ارادة واضعيها ، وتكون لها حياتها الخاصة المستقلة المتصلة بالحيـاة الاجتماعيـة والمتفـاعلة فيها ٠ فالنصوص اذن لا تفسر بارادة المشرع الحقيقية أو المفترضة ، لانها قد انفصلت منذ وضعها عن هذه الارادة ، وأصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة بالظروف الاجتماعية المتطورة مع تقدم الزمان ، وانما تفسر وفقا لما تكـون عليه هذه الظروف وقت التفسير ٠

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, t. I, No. 97. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, No. 265. — Costa-Floret, op. cit., pp. 114, 120.

٢١٦ - تقدير المدرسة التاريخية أو الاجتماعية(١)

اذا كانت هذه المدرسة تعين بهذا المنطق في التفسير على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث رغم بقاء النصوص على حالها دون تغيير ، الا أنها تخرج في الواقع بالتفسير عن وظيفته وتجعله تعديلا أو الغاء لنصوص التشريع وخلقا لقواعد قانونية جديدة . وفضلا عن ذلك ، فهي تقضي على ما ينبغي للقانون من تحديد وثبات واستقرار . وتفتح المجال واسعا أمام تحكم القضاء .

المطلب الثالث

المدرسة العلمية(٢)

L'Ecole Scientifique

٢١٧ - البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة لتحارب من ناحية عبودية النصوص والاعتقاد في انحصار القانون وتفسيره في التشريع كما جرى بذلك منطق مدرسة التزام النص . ولتحارب من ناحية أخرى منطق المدرسة الاجتماعية في اخضاع التفسير لنظروف المتطورة المتغيرة المحيطة بالجماعة .

وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسي « جيني » . وفضله كبير في التنبيه الى عدم أخذ القانون كشكل فحسب - يحمل طابع الدولة في صورة تشريع ، أو طابع الجماعة في صورة عرف - وانما كجوهر قبل ذلك يتألف من حقائق أربع مختلفة : طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية(٣) . وعلى أساس هذا الفهم للقانون ، قامت طريقته في تفسير . فالقانون عنده لا يلتمس تفسيره

---

(١) أنظر في ذلك .

Gény, op. cit., t. I, No. 97, pp. 262 - 264. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, ibid.

(٢) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., t. II, Nos. 155 - 176 bis.

(٣) راجع في ذلك سابقا . فقرات ٧٢ - ٧٦ .

فى التشريع وحده كما تفعل مدرسة التزام النص ، وانما يلتمس كذلك فى بقية المصادر الرسمية الأخرى ، اذ التشريع ليس هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون ٠

وفى تفسير التشريع ، يجب الوقوف على ارادة المشرع وقصده من النصوص وقت وضعها ، باعتبار أن التشريع عمل ارادى قامت على صياغته ارادة بصيرة واعية لتحقيق غاية معينة ٠ غير أن الارادة التى ينبغى الوقوف عليها لتفسير التشريع هى الارادة الحقيقية للمشرع وحدها ، دون ما تسميه مدرسة التزام النص بالارادة المفترضة له ٠ وليس معنى ذلك سد الباب أمام الاستنتاج المنطقى بل يمكن الالتجاء اليه وبخاصة عن طريق « القياس » على أن يوضع حينئذ موضعه الصحيح بمعنى أن الالتجاء اليه لا يعطى الحلول المستخلصة منه - كما كانت تذهب مدرسة التزام النص - وصف الحلول التشريعية أو حجية النصوص باسنادها افتراضا الى ارادة المشرع ، وانما يكون الالتجاء اليه بوصفه احدى وسائل البحث العلمى الحر الذى يعتبر نهاية المطاف فى التفسير(١) ٠

فاذا لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض فى العمل من فروض ، فيلجأ فى تلمس حلولها الى المصادر الرسمية الأخرى للقانون وأهمها العرف ٠ فان عجزت كل المصادر الرسمية للقانون عن اعطاء الحلول اللازمة ، فلا يبقى الا ما يسميه « جينى » « **البحث العلمى الحر** » (La Libre recherche scientifique) ويقصد به رجوع المفسر الى جوهر القانون بحقائقه المختلفة ، التى يحصرها فيما يسميه بالحقائق الطبيعية أو الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المثالية ، يستلهم منها الحلول التى أخفقت المصادر الرسمية للقانون فى اعطائها ٠

٢١٨ - تقدير المدرسة العلمية

الواقع أن هذه المدرسة تقوم على أساس منطقى سليم ٠ فحيث توجد

---

(1) Gèny. op. cit., t. I, Nos. 107, 108; t. II, Nos. 165, 166.

نصوص تشريعية ، لا تحملها أكثر مما تحتمل بل تقتصر في تفهمها على استخلاص قصد المشرع الحقيقي منها دون اصطناع قصد مفترض له . وحيث تتخلف المصادر الرسمية عن مواجهة ما يستجد من فروض ، لا يبقى الا الرجوع الى ما تستمد منه المصادر الرسمية نفسها مضمون ما تقرره من قواعد أي الى المصادر الحقيقية أو الموضوعية للقانون . وبعبارة أخرى ، فانه حيث يتخلف الشكل يرجع دائما الى الجوهر . والرجوع الى جوهر القانون لسد نقص المصادر الرسمية له ، يضع القاضي موضع المشرع حين يهم بالتشريع . غير أن رجوع المشرع لاستلهام هذا الجوهر ، يكون بقصد وضع قواعد قانونية عامة مجردة ، أما رجوع القاضي اليه فلا يكون الا بقصد العثور على حل لنزاع معين ، ولذلك فالقاضي حين يكمل نقص المصادر الرسمية بالرجوع الى جوهر القانون لا يخلق قواعد قانونية جديدة .

ولكن يراعى ، في شأن الجوهر الذي توجب هذه المدرسة الرجوع اليه عند قصور المصادر الرسمية ، ما سبقت الاشارة اليه من انتقادات لتقسيم « جيني » هذا الجوهر الى حقائقه الأربع المعروفة(١) . ولذلك فاذا كنا نؤيد نهج المدرسة العلمية في التفسير ونفضله على نهج المدارس الأخرى . فاننا نأخذ الرجوع الى الجوهر بالمعنى الذي سبق أن فصلناه(٢) أي على أنه الرجوع الى الواقع من حياة الجماعة والى فكرة العدل التي يكشف عنها العقل .

المطلب الرابع

التفسير في القانون الوضعي المصري

٢١٩ ـ نص المشرع المصري على الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ، ودلالته

لا يعتنق المشرع المصري فقه مدرسة التزام النص من حصر القانون في مصدر وحيد هو التشريع ، بل هو يحيل القاضي أولا الى التشريع كما يفصح

---

(١) راجع سابقا ، فقرة ٧٧ .

(٢) راجع سابقا ، فقرات ٧٧ ـ ٨٨ .

عنه لفظه أو فحواه (م ١/١ مدنى) • وفى ذلك يجب الوقوف ـ كما تذهب المدرسة العلمية ـ على الارادة الحقيقية للمشرع دون اصطناع ارادة مفترضة له وهو ما يضعف كثيرا من قوة ما يستخلص عن طريق الاستنتاج المنطقى ، اذ لا تكون له قوة النصوص التشريعية افتراضا لارادة المشرع • « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » (م ٢/١ مدنى) •

وعندنا أن الاحالة الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تخلق من هذه المبادىء وتلك القواعد مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحى الدقيق كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء(١) ، اذ لا تعدو هذه الاحالة أن تكون رجوعا بالقاضى الى جوهر القانون أى الى مصادره المادية أو الموضوعية يستلهم منها الحل • وبذلك يأخذ المشرع المصرى بفقه المدرسة العلمية فى ضرورة رجوع القاضى الى جوهر القانون ، اذا لم توجد قاعدة فى مصادره الرسمية ، ولكن دون تقيد حرفى بحقائق « جينى » الأربع • وقد رأى المشرع المصرى أن يعبر عن هذا الجوهر باصطلاح « مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » • وقد لا يكون هذا الاصطلاح كافيا للافصاح عن معنى جوهر القانون كما بسطناه من قبل ، ولكنه يوجه اليه على أى حـــال • ولذلك فتعبير التقنين المـدنى السويسرى أكثر توفيقا فى هذا الصدد(٢) ، اذ ينص على أن القاضى ـ حين لا يجد نصا فى التشريع أو عرفا متبعا ـ يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع(٣) • والمشرع ـ كما سبق البيان ـ انمـا يستلهم فى وضع قواعد التشريع حقائق الحياة الواقعية فى الجمـاعة التى تكشف عنها التجربة ، والمثل الأعلى للعدل الذى يكشف عنه العقل •

والمقصود بمبادىء القانون الطبيعى ـ وفق ما ينتهى اليه جمهور الفقهاء

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرات ٨٩ و ١٣٠ • ـ محمد على امام ، فقرة ٨٢ •

(٢) قارن مع ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الحـالى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٨ •

(٣) ولكن يكون ذلك ـ كما هو واضح ـ مع فارق أساسى ، هو اقتصار القاضى على مجرد استخلاص حل خاص للقضية المعروضة عليه ، دون مجاوزة ذلك الى وضع قواعد عـامة مجردة كما يفعل المشرع (فى هذا المعنى : Gény, t. II, No. 204)

اليوم ـ الموجهات المثالية العامة للعدل التي لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساساً للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان(١) . ويعتبر بعض الفقهاء « قواعد العدالة » مرادفة لهذه المبادئ(٢) . غير أننا نرى أنه يقصد بالاشارة اليها ـ فضلا عن احالة القاضي الى مبادئ العدل المجرد الذي تتضمنه فكرة القانون الطبيعي ـ توجيهه كذلك الى الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة المطروحة أمامه . فانه اذا كان القانون يهدف في المبدأ الى تحقيق العدل تغليبا لاعتبارات الاستقرار والأمن والنظام في المجتمع ، الا أنه حيث يقتصر القاضي على أن يستخلص من مبادئ القانون الطبيعي حلا خاصا بقضية معينة ، أي حيث لا يتعلق الأمر باستخلاص قواعد عامة مجردة ، فلا حرج من تمكينه من مراعاة جانب العدالة بالاعتداد بالظروف الخاصة الى جوار تحقيق العدل(٣) . ولكن يراعى أن التجاء القاضي الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة(٤) مقيد بعدم وجود قواعد في مصادر القانون الرسمية(٥) .

(١) أنظر سابقا فقرة ٦١ (٢) ، وفقرة ٦٢ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ . ـ محمد علي امام ، فقرة ١٢٩ . ـ محمد علي عرفة ، ص ١٦٧ و ١٦٨ .

(٣) قريب من ذلك : سليمان مرقس ، فقرة ١٦٨ .

و نظر فيما يعطيه « جيني » للعدالة من معنيين مختلفين ، وفي مدى اعتباره العدالة عنصرا من عناصر البحث العلمي الحر :

Gény, t. II, No. 168.

(٤) أنظر في التجاء القضاء المصري الى ذلك في ظل التقنين المدني القديم : مصر الكلية ١٠ مارس ١٩٣٤ ، الجدول العشري الثاني لمجلة المحاماة (القسم المدني) رقم ٣٠٩٠ ص ٤٤٧ . ـ مصر الكلية ١٥ يناير ١٩٣٥ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٩١ ص ٤٤٨ . ـ استئناف مصر ٩ ابريل ١٩٣١ ، المحاماة س ١٢ ، رقم ٢٤١ ، ص ٦٣ ؛ كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٣٠ ـ ٥٣١ .

(٥) نقض : ١٤ يناير ١٩٣٢ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ١ ، رقم ٣٢ ، ص ٥٢ . ١٥ مايو ١٩٤٧ ، المرجع السابق ، ج ٥ ، رقم ٢٠٠ ، ص ٤٣٥ .

القسم الثاني

النظرية العامة للحق

مقدمة

٢٢٠ – تقسيم

فرغنا في القسم الأول من عرض النظرية العامة للقاعدة القانونية ، فيبقى – طبقا لخطة البحث التي رسمناها – بحث النظرية العامة للحق في هذا القسم الثاني .

وعرض هذه النظرية ، يقتضى أولا تحديد صاحب الحق ، ثم محله ، ثم المصادر التي تولده وهي ذات مصادر زواله وانقضائه ، ثم نشاطه واستعماله الاستعمال المشروع الذي يكفل القانون حمايته . ولكن ينبغي التمهيد لذلك كله بكلمة عامة في الحق .

ولذلك نقسم هذا القسم على النحو التالي :

باب تمهيدى – في الحق بوجه عام .

الباب الأول – في صاحب الحق .

الباب الثاني – في محل الحق .

الباب الثالث – في مصادر الحق .

الباب الرابع – في استعمال الحق .

باب تمهيدى

فى الحق بوجه عام

٢٢١ – الحق والقانون

أشرنا الى أن القانون انما يقيم نظام المجتمع ويحكم سلوك الأفراد فيه عن طريق فرض تكاليف وواجبات على الأفراد من ناحية وتقرير حقوق لهم من ناحية ثانية ، اذ هو يوازن بين المصالح المتعارضة التى تحوط علاقات الأفراد ، فيغلب بعضها على بعض ويميز بين أطراف هـذه العلاقات تبعـا لذلك فيقرر للبعض منهم حقوقا مقابل وضع واجبات على البعض الآخر . والقانون بذلك يختلف عن الأخلاق التى تقتصر على مجرد بيان الواجبات دون تقرير الحقوق كما سبق البيان .

ولئن كانت الصلة وثيقة هكذا بين القانون والحق ، فالفقهاء يتجادلون فيما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون . ويرتكز هذا الخلاف على اختلاف وجهات النظر بين المذهب الفـردى والمذهب الاجتماعى . والواقع أنه يجب التسليم باستناد الحقوق الى القانون الوضعى بحيث تستمد منه وجودها الشرعى وكفالة احترامها ، اذ لا يتصور فى مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون أو يحميه . ولكن ليس بمعنى ذلك أن القانون الوضعى يتحكم فى فرض الحقوق ومنحها ، فقواعده ترتكز – كمـا سـبق البيان – على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثالية ، وكلها تقر للأفراد حقوقا معينة لا يملك القانون الوضعى انكارها .

٢٢٢ — تقسيم

ينبغى — ونحن بصدد الكلام فى الحق بوجه عام — أن نمهد لذلك باثبات وجود فكرة الحق فى ذاتها ودحض ما ذهب اليه بعض الفقهاء من انكارها . ثم نعرض بعد ذلك للتعريف بالحق ، وهو ما يقتضى عرض مختلف الآراء والمذاهب فى هذا الصدد وتمحيصها . وننتهى ببيان أنواع الحق المختلفة وما يترتب من آثار على هذا التنوع ، وهو ما يقتضى خاصة بحث فكرة « الذمة المالية » التى تضم بين عناصرها طائفة من الحقوق المالية .

ولذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول أربعة :

الفصل الأول — فى وجود فكرة الحق .

الفصل الثانى — فى تعريف الحق .

الفصل الثالث — فى أنواع الحق .

الفصل الرابع — فى الذمة المالية .

الفصل الأول

وجود فكرة الحق

٢٢٣ ـ تمهيـــد

تعرضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها وأنكروا بالتالى وجودها القانونى . غـير أن كل الهجمات قد فشلت فيما استهدفته من محو الاعتقاد فى وجود فكرة قانونية مستقلة للحق ، فبقيت هذه الفكرة الى اليوم ـ كما وعاها الفقه التقليدى ـ احدى الدعائم الأساسية الراسية فى الحياة القانونية .

فنعرض أولا لانكار فكرة الحق وما يرتكز عليه هذا الانكار من حجج ، ثم نناقش هذه الحجج لنرى وجه الصواب فيها من وجوب رفضها وضرورة الابقاء على فكرة الحق .

٢٢٤ ـ انكار وجود فكرة الحق

هوجمت فكرة الحق فى وجودها القانونى منذ أواخر القرن الماضى مهاجمة عنيفة من جانب بعض الفقهاء . ولعل أقدر هجوم وأعنفه كان هو هجوم الفقيه الفرنسى العظيم « ديجى » Duguit ، فنكتفى بعرض مذهبه(١) فى هـذا الصـــدد .

وقد سبق ايضاح منهاج هذا الفقيه فى البحث(٢) ، أى المنهاج العلمى بالمعنى الدقيق الذى لا يسلم الا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة . وقد

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Duguit, op. cit., t. I, Nos. 29, pp. 200 - 315 ; Leçons de droit public général, 1926, pp. 38 - 72.

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٦٨ .

تادى به هذا المنهاج الى محاولة تطهير القانون من كل ما يملأه من أفكار غير واقعية لا تستند الى المشاهدة والتجربة ، وفي مقدمتها فكرة الحق التي يراها دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة .

ويبدأ « ديجى » انكاره وجود فكرة الحق بانكار وجود ما يسمى بالحقوق الطبيعية التي تولد مع كل فرد وتثبت له باعتباره انسانا . وهو في سبيل ذلك يهاجم المذهب الفردى الذى روج لوجود هذه الحقوق ، واتخذها أساسا للقانون حينما اعتبرها ثابتة للأفراد منذ عهد الفطرة الأولى L'etat de nature قبل قيام المجتمع لانها ملازمة للطبيعة الانسانية . فالقول بوجود حقوق ثابتة للفرد بمقتضى صفته الانسانية ، يعتبره « ديجى » مجرد ادعاء يستحيل اثباته بدليل مادى محسوس . فضلا عن أن عهد الفطرة الأولى الذى يتصور فيه وجود الفرد وحيدا في عزلة تامة عن بقية الأفراد ، لا يعدو أن يكون محض خرافة ينقضها الواقع المشاهد المسجل من أن الفرد كائن اجتماعى لا يستطيع الوجود الا في مجتمع من الأفراد ولم يوجد أبدا الا في مثل هـذا المجتمع . ولئن افترض جدلا وجود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصـور حقوق له ، لأن لكل حق طرفين : طرفا ايجابا هو صاحب الحق ، وطرفا سلبيا هـو المتحمل بهذا الحق أى المكلف بما يقابله من واجب ، وهو ما يقتضى وجود مجتمع من الناس . وباستحالة وجود حقوق طبيعية ثابتة للأفراد قبل قيام المجتمع ، ينهـار ـ عند « ديجى » ـ ما يقيمـه المذهب الفردى من تأسيس القانون على هذه الحقوق(١) .

واذا كان « ديجى » ينكر وجود حقوق طبيعية سابقة على قيام المجتمع ، فهو ينكر كذلك وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد في المجتمع . وانكاره هذا وثيق الصلة بتصوره للحق . فالحق عنده هو قدرة أو سلطة ارادية لصاحبـه على فرد من الأفراد هو المتحمل بعبء الواجب المقـابل لهذا الحق . أى أن الحق يفترض اخضاع ارادة انسانية هى ارادة فرد من الأفراد لارادة انسانية

---

(١) راجع في تفصيل ذلك :
Duguit, op. cit., t. I, No. 19, pp. 208 - 218.

أخرى هي ارادة صاحب الحق · وذلك يستتبع القول بوجود نوع من التدرج في المرتبة بين الارادات الانسانية تتمكن بمقتضاه الارادات العليا من التسلط على الارادات الدنيا واخضاعها لامرها(١) ·

وهذا التدرج بين الارادات الذى تفرضه فكرة الحق ، لا يوجد فى واقع الحيـاة الاجتماعية ما يثبته · بل ان هذا الواقع ينقضـه ، اذ لا يشاهد فى المجتمع الا وجود ارادات فردية متساوية فى جوهرها ، ممـا يمتنع معه على القانون الوضعى اقامة تدرج بينها والسمو ببعضها مقـابل الانتقـاص من البعض الآخـر ، فذلك لا يتـأتى الا من جانب قوة سـماوية مهيمنة على البشر(٢) ·

ومن هنا ، انتهى « ديجى » الى اعتبار فكرة الحق ، وفقا لهذا التصوير القـائم على تسلط ارادة فردية على ارادة أخرى ، فكرة فلسفية من أفكار ما وراء الطبيعة ، قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع ، مما يوجب اطراحها وتطهير الفقه القانونى منها ·

واذا كان « ديجى » ينكر فكرة الحـق على أساس التصـوير السابق باعتبارها فكرة غير علمية ، فهو يرفضها كذلك لانعـدام جدواها · ذلك أن ما اصطلح الفقهـاء على تسميته بالحق ، ليس عنده الا القاعدة القـانونية نفسها فى تطبيقها على الأفراد ، حينما يستفيد بعض الأفراد من أداء البعض الآخر لـما تفرضه عليهم هذه القاعدة من واجبات والتزامات · بل الجميـع فى الواقع — سواء من يقوم بالواجب ومن يفيـد منه — انما يخضعون فى ذلك للقـاعدة القانونية · أى أن الأفراد — سواء كانوا فى وضـع ايجابى أو سلبى لخطاب القاعدة القانونية — يوجدون فى مركز سواء بالنسبة اليهـا هو مركز الخضـوع لحكمهـا(٣) · فلا يبقى معنى اذن للقول بأنهـا تفرض

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, p. 217; No. 28, pp. 295, 296.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, pp. 218, 219.

(٣) Duguit, t. I, No. 20, pp. 217 - 220.

واجبا على البعض وتقرر حقا للبعض الآخر ، خاصة وأنها لا تملك أن تمس في قليل أو كثير ارادة المكلف بالواجب أو المستفيد من أدائه ، فلا هي تنتقص من ارادة الأول ولا هي تزيد في ارادة الثاني .

وبذلك يخلص « ديجي » الى انه ليس ثم حقوق وواجبات تكون للأفراد أو عليهم ، وانما يوجد الأفراد في مراكز قانونية معينة ايجابية أو سلبية .

٢٢٥ – الابقاء على فكرة الحق

لعل أكبر انتقاد يوجه الى انكار «ديجي» لفكرة الحق(١) هو نفس الانتقاد الذي يوجه الى أساس مذهبه كله ، وهو انتقاد منهاجه في البحث الذي يريده علميا واقعيا خالصا ، فهذا المنهاج – كما سبق البيان(٢) – لا يصلح في شأن العلوم التقويمية وفي مقدمتها القانون . ولذلك فانكار « ديجي » فكرة الحق بدعوى أنها فكرة غير علمية من أفكار ما وراء الطبيعة انكار غير مقبول حتى مع التسليم جدلا بصحة هذا الادعاء ، لأن القانون لا يقتصر على تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة بل يجاوز ذلك الى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم الواقع .

وقد ظن « ديجي » أنه يجد في فكرة الحق هدفا قريبا سهل الاصابة بانكاره حقوق الانسان الطبيعية . غير أن هذا الانكار لا يطعن في الحقيقة في وجود فكرة الحق نفسها ، وانما يعني فحسب رفض التسليم بما تدعيه بعض المذاهب – كالمذهب الفردي – من قيام القانون على أساس الحق ، أو من

---

(١) راجع ، بصفة خاصة ، في تفصيل الدفاع عن وجود فكرة الحق وانتقاد انكار « ديجي » لها :

René Capitant, L'illicité, pp. 218 - 221. — Dabin, pp. 13 - 14. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. IV, pp. 175 - 187. — Ionescu, La notion de droit subjectif dans le droit privé, thèse, Paris, 1931, Nos. 12, 13. — Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, (dactylographiée), 1952, pp. 18-48.

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٦٩ .

وانظر في تفصيل انتقاد هذا المنهاج .

Notre thèse précitée, pp. 18 - 37.

وجود حقوق لا تستند الى القـانون لأنها سابقة عليه بتولدها من الطبيعة الانسانية(١) .

وأما انكار « ديجى » فكرة الحق فى ذاتهـا فيقوم على تصـويره الحق تصويرا خاطئا يجر وراءه فساد النتائج التى رتبها عليه . فلا يفكر أحـد كما يدعى « ديجى » - حتى من يعرفون الحق بأنه قدرة ارادية - فى اعتبار ارادة صاحب الحق ارادة ممتازة على غـيرها من الارادات ، بحيث يخولهـا هذا الامتياز سلطة الغـاء أو اخضاع ارادات الآخرين ، اذ كـل الارادات الفردية متساوية فى جوهرها . وانما حقيقة الأمر انه ليست ارادة صاحب الحق هى التى تلزم الغير بنفسها ، بل الذى يلزم دائمـا هو واقعة سـابقة على هذه الارادة وخارجية عنها . فاذا كان للمقرض مثلا حق مطالبة المقترض برد القرض فى الأجل المضروب ، فليس ذلك لأن ارادته تمتـاز على ارادة المقترض ، وانما لأن ثم وقائع بينهما سابقة على هـذه المطالبة تكون مبررا لها ، هى تسلم المقترض مبلغ القرض من المقرض وتعهده برده اليه . واذا كان لمن صدمته سيارة فأصابته أن يطالب من صدمه بتعويض عمـا لحقه من أضرار من جراء الصدمة ، فليس ذلك لأن ارادة المضرور تعلو على ارادة محدث الضرر ، وانما لأن خطأ محدث الضرر هو الذى يلزمه تجاه المضرور بمثل هذا التعويض(٢) .

فديجى اذن لا ينكر فى الواقع فكرة الحق نفسها وانما ينكر تصـويرا معينا لهذه الفكرة كسلطة ارادية لصاحب الحق على غيره من الارادات ، وهـو تصوير لا يقول به أحد على النحو الذى يبسطه « ديجى » غير « ديجى » نفسه . وبذلك يكون الخلاف بينه وبين غيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافا ظاهريا محضا لا يمس جوهر الفكرة ذاتها(٣) .

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 38, 39.

(٢) Notre thèse précitée, p. 40.

(٣) René Capitant, thèse précitée, p. 221. — Notre thèse précitée, pp. 41 - 43.

وآية ذلك أن « ديجى » حين ينكر فكرة الحـــق وينكر التقـــابل بين « القانون » و « الحق » ، يقيم تقـــابلا آخر بين « القـــانون » وبين ما يسميه « المركز القانونى » ٠ فلو كان الحق كما يدعى ليس الا القانون نفسه ، فما جدوى الكلام عن المركز القانونى ؟ أليس فى كلامه عن المركز القانونى ، سواء كان ايجابيا أو سلبيا ، ما يحتم التفرقة بين القانون نفسه فى تجريده وبين ما ينشأ للأفراد من أوضـاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ ٠ فانه اذا كان الأفراد يوجدون كمـا يقول فى نفس المركز تجاه القانون ، من حيث أنهم يستوون فى الخضوع لأحكامه اما بأداء ما يفرضه عليهم من التزامات واما بالاستفادة مما يفرضه على غيرهم منها ، فهم فى واقع الأمر لا يستوون فى المركز تجاه بعضهم البعض ، اذ يوجد كل منهم فى مركز خاص به يجعله ملتزما قبل الآخرين بالتزامات معينة أو يجعل الآخرين هم الملتزمين قبله ، أى أن مراكز الأفراد مختلفـــة متفـاوتة ، فهم اما فى مركز المستفيد واما فى مركز الملتزم المحمل بالأعباء ٠

فاقتصار « ديجى » على البصر بتساوى مراكز الافراد تجاه القانون ، انما كان على حساب اغفال اختـــلاف المراكز وتفاوتها بينهم تجـاه بعضهم البعض ، ومثله فى ذلك مثل من يسأل عن شخص معين فيجيب بأنه انسان كبقية الناس ، ويغفل تعيينه بما يميزه عن بقية النـــاس ويحقق شخصيته ومركزه بينهم من حيث الاسم والسن والجنس والمهنـــة والوطن والجنســية وما الى ذلك(١) ٠

واذا اتضحت حقيقة اختلاف الأفراد فى المراكز قبل بعضهم البعض ، ووجود بعضهم فى مركز ايجابى وبعضهم فى مركز سلبى ، فان ذلك يعنى العودة الى فكرة الحق وما يقابلهـا من فكرة الواجب أو الالتزام ، أو الرجوع الى التقابل التقليدى بين الطرف الايجابى للحق والطرف السلبى له ٠ وبذلك ينحصر الخلاف بين « ديجى » وبين المدافعين عن الحق فى نطاق شكلى بحت ، هو المفاضلة بين اصلاح « المركز القـانونى الايجابى » وبين اصلاح « الحق »

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 43, 44.

للدلالة على الفكرة التي جرى التقليد الفقهي على التعبير عنها بالاصطلاح الثاني ، والتي بقيت في حقيقة الأمر بمنأى عن الخلاف على جوهرها ووجودها كما سبق البيان . ولسنا نرى ما يدعو الى تفضيل اصطلاح « المركز القانوني الايجابي » الذي ابتكره « ديجي » ، فاصطلاح « الحق » التقليدي - فضلا عن ايجازه المبين عن حقيقة الفكرة التي يعبر عنها - قد جرى به الاستعمال منذ قديم ، حتى رسخ واستقر في الفقه القانوني . وشيوع الاستعمال وقدمه ، يبقى دائما هو صاحب الكلمة العليا في تغليب مصطلح على مصطلح(١) .

من كل ما تقدم ، نخلص بأن فكرة الحق تستعصى على الرفض والانكار ، وأن انكار « ديجي » لها لم يفلح في هدمها أو زعزعة الاعتقاد في وجودها . فظل الفقه في غالبيته الكبرى مؤمنا بها وبمكانها في عالم القانون ، بل ان أخلص أتباع ديجي أنفسهم قد رجعوا عن تأييدهم لزعيم مدرستهم في هذا الشأن فعادوا الى التسليم بوجود فكرة الحق(٢) .

وبذلك نستطيع أن نقول ان وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون . بل ان هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية لا عن أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية(٣) .

واذا بقيت ثم كلمة تقال في مجال التعقيب على انكار « ديجي » لفكرة الحق ، فهي كلمة انصاف لهذا الفقيه العظيم . فموقفه في هذا الصدد ، انما

---

(١) في هذا المعنى :
Gény, op. cit., t. IV, p. 184.

(٢) انظر خاصة :
Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950, pp. 82 - 92.

(٣) راجع في تفصيل ذلك :
Notre thèse précitée, pp. 54 - 62.

أملاه عليه عداؤه الشديد للمذهب الفردى ، وخشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية الأنانية لأصحابها على حساب الصالح العام للمجتمع . ولكن كان يكفى لدفع هذه الخشية اخضاع استعمال الحقوق للرقابة ، دون حاجة الى هدم فكرة الحق ذاتها(١) . وهـذا ما حققته بالفعل نظرية « التعسف فى استعمال الحق » كما سنفصل ذلك من بعد .

---

(١) انظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٥١ .

الفصل الثاني

تعريف الحـــق

٢٢٦ ـ تمهيـــد

لعل من أكثر مسائل القانون التي كثر فيها القول واحتدم الجدل مسألة تعريف الحق · وليس في قصدنا أن نتتبع تفصيل كل ما قيل من تعريفات في هذا الشأن ، وانما نقنع بأن نرد مختلف التعريفات الى اتجاهات ثلاثة كبيرة ، اتجاه شخصي ، واتجاه موضوعي ، واتجاه يجمع بين الشخصي والموضوعي ، ونرى مبلغ حظ كل منهما في أعطاء صورة صادقة لما يقصد في فقه القانون من اصطلاح « الحق » ·

٢٢٧ ـ الاتجاه الشخصي(١)

يعرف هذا الاتجـــاه « الحق » من خلال النظر الى صـــاحبه · فيرى أن لصاحب الحق ارادة مهيمنة ناشطة في نطاق معلوم ، ولذلك يعرف الحق بأنه هو تلك القدرة أو السلطة الارادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم · ويتصل هذا الاتجاه بهـــذا التعريف اتصالا وثيقا بالمذهب الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة ، تلك الارادة التي تملك خلق الحقوق أو انشاءها كما تملك تغييرها وانهاءها ·

ورغم أن هـــذا الاتجاه قد تزعمه فقهاء كبـــار كسافيني Savigny و « وينشيد » Windscheid ، فلم يلبث أن تعرض لانتقادات وهجمـــات كثيرة ـ وخاصة من « اهرنج » ـ ازاء ما ظهر من قصوره عن تعريف الحق ·

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Dabin, op. cit., pp. 56 et s. — Duguit, op. cit., t. I, No. 25. — Ionescu, thèse précipitée. Nos. 40 et s. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922, pp. 534 et s.

فالقول بأن الحق قدرة ارادية ، يتنافى مع ما هو مستقر فى الشرائع من أن لعديمى الارادة حقوقا كما لحائزيها سواء بسواء ، فالمجنون والصغير غير المميز ، يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه فاقد الإرادة ، وكذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالغائب مثلا(١) ٠

وفضلا عن ذلك ، فهذا الاتجاه فى تعريف الحق يتنافى مع وجود أشخاص معنوية أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية ، اذ لو قيل بأن للأشخاص الطبيعية ارادة تكون مناطا لما يثبت لهم من حقوق ، فمن العسير التسليم بأن للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ارادة حقيقية أو بأن لهم حقوقا بالتالى ٠

كل ذلك يفصح عن أن الحق لا يفترض وجود ارادة مهيمنة أو ناشطة ، فهو يوجد دون وجود هذه الارادة ٠ وليس يطعن فى ذلك أن الارادة قد تكون متطلبة فى شأن استعمال الحق أو مباشرته ، فوجودها حينئذ لا يكون شرطا لقيام الحق ولكنه يكون شرطا لمجرد مباشرته ٠ وعلى أى حال ، فهى ليست لازمة دائما لهذه المباشرة ، فعادة لا يحتاج الاستعمال المادى للحق الى ارادة ، فعديم الأهلية مثلا ، يستعمل حق ملكيته ــ ولا ارادة لديه ــ حين يسكن منزله أو يركب سيارته(٢) ٠

فالحق اذن لا يفترض لوجوده وجود قدرة ارادية لدى صاحبه ٠ بل ان مباشرة الحق نفسها لا تفترض دائما وجود مثل هذه القدرة(٣) ، وان افترضتها فى بعض الأحيان ، فلا يبرر ذلك القول بأن الحق قدرة ارادية ، لأن مباشرة الحق لا تختلط بوجوده ٠ وبذلك لا نرى فى الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق ما يقنع بالانحياز اليه أو اتباعه ٠

---

(١) وقد حاول « وينشيد » رد هذا الاعتراض الحاسم بالقول بأن الارادة المقصودة هى ارادة القانون أو المشرع لا ارادة صاحب الحق ، ولكن من الواضح أن هذا التبرير المصطنع فيه من التناقض ما يكفى لهدم نظريته فى اعتبار الحق قدرة ارادية ، أنظر فى انتقاد هذا التبرير :
Dabin, op. cit., pp. 60, 61. — Duguit, op. cit., t. I, No. 75, pp. 277, 278.

(٢) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 63.

٢٢٨ - الاتجاه الموضوعي

كان الفقيه الألماني « اهرنج » Ihering من أشد الفقهاء مهاجمة للاتجاه الشخصي في تعريف الحق . ولذلك فقد نحا في تعريفه نحوا آخر موضوعيا ، فنظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه وعرفه بأنه « مصلحة يحميها القانون »(١) . وقد صادف هذا التعبير الموجز بداءة قبولا في الوسط القانوني أكثر مما صادفه التعريف القائم على أساس الاتجاه الشخصي ، وان يكن لم تكتب له الغلبة في النهاية في الفقه الحديث نظرا لما وجه اليه من انتقادات كثيرة أظهرت عجزه وقصوره بمفرده عن تعريف الحق تعريفا جامعا مانعا لاختلاط غيره به .

فاهرنج ينكر تأسيس الحق على الارادة ، لأن الحق كما يثبت لذوى الارادة يثبت لعديميها على السواء ، ولأن العبرة ليست بارادة تنشط أو تسود - فارادة الولي أو الوصي لا ارادة القاصر هي التي تنشط ، ومع ذلك يكون الحق للقاصر وحده دون الولي أو الوصي - وانما تكون العبرة بالغرض الذي قد تنشط الارادة من أجله ، والارادة لا تنشط الا لتحقيق منفعة أو مصلحة أو كسب . فالمنفعة أو المصلحة اذن - لا الارادة - هي جوهر الحق . ومن هنا ، لم يكن الحق هو الذي في خدمة الارادة ، بل الارادة ، هي التي في خدمة الحق أي في خدمة مصلحة من المصالح ، ولم يكن صاحب الحق هو من يدعي الارادة ، بل من يدعي المنفعة أو المصلحة(٢) . والمنفعة أو المصلحة جوهر الحق ، لا يشترط أن تكون منفعة أو مصلحة مادية ، فقد تكون منفعة أو مصلحة معنوية ، بل ان من المصالح المعنوية ما يفوق المصالح المادية في أهميتها كالحرية والشرف مثلا .

ولئن كان « اهرنج » يعتبر المصلحة هي جوهر الحق ، فهو يضيف اليها

---

(١) Ihering, L'esprit du droit romain, trad. De Meulenaere, t. IV, No. 71, p. 286.

وانظر في الأخذ بهذا التعريف :
عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت . فقرة ٢١٢ .

(٢) Ihering, op. cit., pp. 322, 323.

عنصرا آخرا هو عنصر الحماية القانونية التى تسبغ على هذه المصلحة . فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التى يهدف الحق الى تحقيقها وادراكها . وبذلك يتوافر عنده عنصران : عنصر جوهرى موضوعى يكمن فيه الهدف العملى للحق هو عنصر المصلحة ، وعنصر شكلى يوفر لهذا الهدف وسيلته هو عنصر الدعوى(١) .

ذلك هو الاتجاه الموضوعى فى تعريف الحق . وأول ما يؤخذ عليه أنه يعتبر المصلحة هى معيار وجود الحق ، بينما هى ليست كذلك دائما . فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح فليس العكس بصحيح ، اذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق ، فمن المصالح ما لا يرتفع الى مرتبة الحقوق . فمثلا لو تعاقد مستأجر يقطن الطابق العلوى من بناء مع المؤجر على قيام الأخير بانارة السلم وفرشه حتى الطابق العلوى ، فبديهى أن سكان الطوابق السفلى يستفيدون من هذه الانارة وذلك الفرش فتكون لهم بذلك مصلحة ظاهرة فيهما ومع ذلك فواضح أن هذه المصلحة لا تعطيهم أى حق قبل المؤجر فى انارة السلم وفرشه . فلا يتمتع بهذا الحق قبل المؤجر الا مستأجر الطابق العلوى وحده بناء على الاتفاق المبرم بينهما(٢) .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية . فغنى عن البيان أن أصحاب هذه الصناعات تكون لهم مصلحة كبيرة فى فرض هذه الرسوم لأنها تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم ، ورغم ذلك فليست تعطيهم هذه المصلحة حقا فى فرض تلك الرسوم ، كل ما فى الأمر أنهم يستفيدون منها اذا فرضت(٣) .

كل ذلك قاطع الدلالة على أن المصلحة لا تصلح معيارا للحق ، فضلا عن أن المصلحة هى الغاية والهدف من الحق ، والمقصود هو التعريف بالحق نفسه

---

(١) Ihering, op. cit., p. 326.

(٢) Karkounouv, Cours de théorie générale du Droit. trad. Tchernoff, 2e. éd., 1914, p. 232.

(٣) Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e. éd., 1932, t. I, No. 48, p. 106.

لا التعريف بغايته أو هدفه • فالمصلحة اذن ان كانت تصلح بيانا لهدف الحق ، فهي لا تصلح بيانا أو تعريفا بالحق في ذاته وجوهره بصرف النظر عن هدفه أو غايته(١) • فكأن الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق ، انما يدور في واقع الأمر حول مشكلة هذا التعريف دون أن يحلها •

ويبقى بعد ذلك أن يراعى أن العنصر الثاني الذي يضيفه « اهرنج » الى عنصر المصلحة وهو عنصر الحماية القانونية أو عنصر الدعوى ، ليس في الواقع عنصرا ثانويا كما يرى . بل هو يكاد يبتلع العنصر الآخر الذي يعتبره العنصر الجوهري في الحق وهو المصلحة • ذلك أن المصلحة لا تكون حقا عنده الا اذا حماها القانون وزود صاحبها بدعوى • فكأن وجود الدعوى أو عدم وجودها هو الفيصل في وجود الحق ، وكأن الوسيلة اذن تقدم على الغاية وتتحكم فيها ، وذلك ما لا يمكن التسليم به • فليست الدعوى بمميز لوجود الحق ، وانما هي مجرد وسيلة لحمايته • فهي بحسب طبيعتها تالية لنشوء الحق ، فكيف يمكن اعتبارها اذن معيار وجوده ؟ • الواقع أن الحق لا يعتبر حقا لأن القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق(٢) •

والخلاصة أن الاتجاه الموضوعي عاجز عن التعريف بالحق تعريفا يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية • فهو يسلك في هذا التعريف مسلكا معيبا حين يعرف الحق بأشياء خارجية عن كيانه الذاتي ، كالمصلحة وهي الغرض منه ، والدعوى وهي وسيلة حمايته •

٢٢٩ - الاتجاه المختلط

هذان هما الاتجاهان الكبيران في التعريف بالحق • وقد عرضنا بايجاز لعجز كل منهما وقصوره عن بيان جوهر الحق ومقوماته • من أجل ذلك لم

---

(١) في هذا المعنى :

Saleilles, op. cit., pp. 541, 545. — Duguit, op. cit., t. I, No. 26, pp. 284, 286. — **Dabin**, op. cit., pp. 69, 70.

(٢) Dabin, op. cit., p. 69.

يبايع الفقه الحديث أيا من الاتجاهين ، بل شايع جانب كبير منه اتجاها ثالثا مخضرما ولده من التزاوج بين هذين الاتجاهين ، وهو ما نسميه بالاتجاه المختلط . بحيث أصبح ينظر الى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء ، فيعرفه بأنه ارادة ومصلحة فى آن واحد .

غير أن أنصار هذا الاتجاه المختلط فى تعريف الحق ، ان كانوا سواء فى الجمع بين الارادة والمصلحة ، فليسوا سواء فى أى العنصرين تكون له الأهمية وتعقد له الغلبة . فبعضهم يغلب دور الارادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه هو القدرة الارادية المعطاة لشخص من الأشخاص فى سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون(١) . والبعض الآخر يغلب دور المصلحة على دور الارادة ، فيعرف الحق بأنه المصلحة التى يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة ارادية معينة(٢) .

ومهما يكن من أمر ، فهذا الاتجاه المختلط اتجاه غير مقبول كالاتجاهين اللذين تولد منهما . فقد سبق أن قلنا ان الحق لا يفترض وجود قدرة ارادية لدى صاحبه ، وانه ليس هو المنفعة أو المصلحة التى تعود على صاحب الحق من وراء حقه ، فيكون من المنطقى اذن رفض الاتجاه المختلط الذى يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحة وقدرة ارادية معا لدى صاحب الحق(٣) .

٢٣٠ — تحليل الحق وتعريفه

انتهينا الى أن الاتجاهات الثلاثة المتقدمة ليست مقنعة فى شأن تعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع معه كل اختلاط بين الحق وبين غيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة . لذلك نرى أن نسلك فى تعريف الحق مسلكا تحليليا نتدرج فيه بين عناصره الخاصة به والمميزة له . ولعل أول

---

(١) Ionescu, thèse précitée, No. 49, p. 94. — Jellinek, cité par Dabin, op. cit., p. 74.

(٢) Michoud, op. cit., t. I, No. 48, p. 107.

(٣) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 90.
اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ١١ .

ما يثيره اصطلاح « الحق » في الذهن هو فكرة وجود صلة أو رابطة قانونية ، وفكرة اختصاص شخص من الأشخاص على سبيل الاستئثار بمركز قانوني ممتاز . فنتتبع هاتين الفكرتين فيما يلي :

(١) **الرابطة القانونية** : يذهب جمهور الفقهاء الى أن « الرابطة القانونية » (Le rapport de droit) ، أى الرابطة التى يحكمها القانون ، لا يتصور وجودها الا بين الأشخاص وحدهم(١) . فليس ثم رابطة قانونية يتصور قيامها بين الأشخاص من ناحية وبين الأشياء من ناحية أخرى . ذلك أن كل رابطة قانونية تفترض حقا من ناحية ، وواجبا أو التزاما من ناحية أخرى وليس من المعقول تكليف الأشياء بواجب معين أو التزام . ومن هنا ، فطبقا لهذا النظر تكون الرابطة القانونية هى تلك الرابطة أو العلاقة التى يحكمها القانون ، والقائمة بين شخصين أو بين طرفين من الأشخاص ، بحيث يكون لأحدهما مطالبة الآخر بأداء معين أى مطالبته اما بالقيام بعمل واما بالامتناع عن عمل .

وتصوير الرابطة القانونية على هذا النحو المقصور على الأشخاص وحدهم نظر قاصر وغير صحيح(٢) ، بل ويؤدى الى القول بتوافرها فى بعض أنواع الحق دون بعض ، وخاصة فى نوع معين منها هو « الحق الشخصى » أى « حق الدائنية » دون « الحق العينى » . وهذا ما أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ودفعهم الى التماس التوفيق بين ضرورة وجود أشخاص تقوم بينهم الرابطة القانونية وبين ما هو قائم فى الحق العينى من وجود شخص من ناحية وشىء من ناحية أخرى ، فاحتالوا لذلك بالقول ان ثم رابطة قانونية قائمة بين الأشخاص فى الحق العينى كالحق الشخصى سواء بسواء ، اذ تقوم فيه رابطة

---

(١) أنظر فى ذلك بصفة خاصة :

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, IIe éd., par Ripert, No. 2158 et s.

(٢) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, Cours de droit civil français, 2e. éd., t. IV, Les biens, 1938, No. 56. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166.

بين الشخص صاحب الحق العينى وبين الناس كافة بمقتضاها يلتزمون بالامتناع عن الاعتداء على حقه . وسنرى من بعد أن هذا التحايل مردود ولا حاجة اليه ، وانما يكفى أن نستخلص من هذا التحايل الصناعى ضرورة العدول عن تصور الرابطة القانونية كرابطة لا تقوم الا بين الأشخاص وحدهم .

والواقع أن تصور الرابطة القانونية كرابطة بين أشخاص فحسب ، لا يصدق - فيما نرى - الا فى شأن نوع معين من الروابط القانونية هو « روابط الاقتضاء » (Les rapports d'exigence) ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، ذلك أن هذا النوع من الروابط يفترض وجود واجب أو التزام معين ، ولا يتصور أن يتحمل بالواجب أو الالتزام الا الأشخاص وحدهم .

ولكن ليست الروابط القانونية كلها روابط اقتضاء ، فثم « روابط تسلط » (Les rapports de maîtrise) تخول لشخص معين سلطة على شيء معين . وغنى عن البيان أن هذا النوع من الروابط لا يتصور منطقا قيامه بين شخص وشخص آخر ، فالتسلط لا يتصور أن يقع على الأشخاص وانما هو يقع على الأشياء وحدها . فحق الملكية مثلا يفترض وجود رابطة قانونية بمعناها كرابطة تسلط لا كرابطة اقتضاء ، لأنه يخول المالك سلطة على الشيء محل الملكية دون أن ينشىء بينه وبين أشخاص معينين رابطة اقتضاء تلزمهم بعمل معين قبله .

ومن هنا ، ينبغى رد الروابط القانونية الى نوعين(١) :

(١) روابط الاقتضاء ، وهى التى لا تكون الا بين شخص وشخص آخر ، لأنها تفترض الزاما بأداء معين والالزام لا يتصور وقوعه الا على عاتق الأشخاص وحدهم .

---

(١) راجع فى شأن التمييز بين الروابط القانونية على هذا النحو :
Notre thèse précitée, notamment, pp. 102 - 105.

(٢) **روابط تسلط** ، وهى التى لا تتصور الا من شخص على شىء ، لأن التسلط محله الأشياء لا الأشخاص .

فاذا قلنا ان الحق يفترض وجود رابطة قانونية ، قصدنا بذلك اذن أنه يفترض اما وجود رابطة اقتضاء واما وجود رابطة تسلط .

(٢) الاستئثار بما تخوله الرابطة القـانونية من اقتضاء أو تسلط :

غير أن فكرة الرابطة القانونية بما تعطيه من اقتضـاء أو تسلط ، لا تكفى وحدها للدلالة عـلى ماهية الحق وذاتيته ، وانما ينبغى أن يكون التسلط أو الاقتضاء ثابتا لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الانفراد أو الاستئثار أو الاختصاص .

فالحق انما يفترض دائمـا وجود مركز ممتـاز لصاحبـه بالنسبة الى الآخرين ، وهو ما لا يتأتى الا بأن يكون مضمون الحق ـ بما يخوله من تسلط أو اقتضاء ـ فى يده يستأثر به وحده دون سائر الناس . ومعنى ذلك أن الحق يقوم على أساس من عـدم التسـاوى بين مراكز الأفراد(١) ، فيختص صاحب الحق بمركز ممتاز ينفرد به دون غيره من الناس(٢) . فالمـالك مثلا يستأثر وحده بالتسلط على ملكه ، فلا يكون لأحد غيره من الناس مثل هـذا التسلط على نفس هذا الملك . والمقرض كذلك ينفرد وحده دون سائر الناس بقدرة اقتضاء مبلغ القرض من المقترض ، فلا يملك أحد غيره مثل هذه القدرة فى شأن نفس القرض .

من كل ذلك ، نخلص بأن الحق يفترض وجود عنصرين أساسيين :

(١) رابطة قانونية ، سواء كانت رابطة تسلط أو رابطة اقتضاء .

(٢) استئثار شخص وانفراده دون سائر الناس بمـا تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء .

---

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 4.

(٢) فى هذا المعنى :

René Capitant, Sur la nature des droits naturels, Mélanges Sugiyama, p. 31. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 646. — Notre thèse précitée, p. 94

والبصر بهذين العنصرين في الحـــق ، يتيح التمييز بينه وبـين ما قد يختلط به من أوضاع متشـــابهة كالحريات أو الرخص العـامة ، مثل حرية الاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية الرواح والمجيء وحرية التعاقد • فكل هذه الحريات أو الرخص العامة تعطى للأفراد سلطات معينة يسبغ القانون عليهـا حمايته من أى اعتداء يقع عليها • ومن هنا ، شاع الخلط بينها وبين الحقوق بالمعنى الاصطلاحى الدقيق حتى أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم «الحقوق» • ولكن الفارق بينهما كبير(١) ، بما يوجب التنبيه الى أسسه •

فالحقوق اذ تفترض وجود روابط قانونية ، انما تفترض وجود الأفراد في مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض ، فتضع بذلك صاحب الحق في مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخول له من تسلط أو اقتضاء ، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذلك الاقتضاء على سبيل الاستئثار والانفراد دون سائر الناس •

بينما الحريات أو الرخص العامة على العكس من ذلك ، لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بشـأنها المراكز بين الأشخاص ، بل هي تفترض وجود الأشخاص في نفس المركز من حيث التمتـــع بما تخوله من سلطات • ولذلك فهي لا تعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة جميعا بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة ، دون استئثار واحد منهم أو انفراده بالتمتع بها دون الآخرين • فحرية السير في الطرق العامة مثلا ، لا تفترض وجـــود رابطة قانونية ، أى لا تفترض تفـاوتا في مراكز الأفراد بعضهم بالنسبة الى بعض ، بل تفترض وجود الأفراد جميعا في نفس المركز بالنسبة اليها ، أى في ذلك المركز العام المشترك من امكان التمتع بها من قبل

---

(١) أنظر في التفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة :

H. Capitant, Sur l'abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1926, p. 872.

وانظر في أخذ المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحـالى بهـذه التفرقة : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠١ •

ولكن أنظر عكس ذلك :

جميل الشرقاوى ، دروس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ٢٩ •

الجميع تمتعا لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين .

غير أن الحرية أو الرخصة العامة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصطلاحى الدقيق ، وذلك اذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد ، اذ بمجرد وقوع هذا الاعتداء - وليس قبله - تنشأ رابطة قانونية هى رابطة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا فى التعويض قبل المعتدى . فالحريات أو الرخص العامة اذن ليست حقوقا فى ذاتها ، ولكنها قد تولد حقوقا حينما تنشأ رابطة قانونية تخول شخصا من الأشخاص تسلطا أو اقتضاء على سبيل الانفراد والاستئثار .

فالفارق بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة اذن كالفارق بين الطريق الخاص والطريق العام : الأول يكون خاصا بشخص معين يختص به اختصاصا حاجزا مانعا لغيره من الناس ، والثانى لا يكون خاصا بأحد بل يشترك الجميع فى استعماله دون استثناء . وسنرى من بعد أن من النتائج التى تترتب على هذه التفرقة أن فكرة التعسف انما ترد فى شأن استعمال الحقوق وحدها دون استعمال الحريات أو الرخص العامة ، ففى أحكام المسئولية التقصيرية ما يكفل رقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره أو أضراره دون حاجة الى فكرة التعسف فى شأنه .

وعلى ضوء ما سبق من تحليل للحق وتمييز بينه وبين ما قد يختلط به من الحريات أو الرخص العامة ، نستطيع تعريف الحق اذن بأنه هو تلك الرابطة القانونية التى بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلط على شىء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر(١) .

ويراعى أننا قد أغفلنا فى صلب هذا التعريف عنصر الحماية القانونية

---

(١) راجع فى ذلك :
Notre thèse précitée, note (1), p. 105.

وقارن :
Dabin, op. cit., p. 85 et s. — Bonnard, le contrôle juridictionnel de l'administration, Etude de droit administratif comparé, 1934, Nos. 14, 15.

أو الدعوى التي يزود بها الحق · ومرد ذلك الى أننـــا لا نساير بعض الفقهاء الذين يعتبرون الدعوى من عنـــاصر الحق الجوهرية ومقوماته الداخليـة · فالدعوى فى واقع الأمر لا تعدو أن تكون أثرا من آثار وجود الحق واستناده الى القانون ، فهى مجرد وسيلة يصطنعها القانون لحماية الحق مما يفترض أنها تالية فى الوجود لوجود الحق · فلا يتأتى منطقا ادخالها اذن ضمن عنـــاصر تكوينه الذاتية أو الجوهرية ·

فالدعوى اذن أثر من آثار وجـود الحق وليست عنصرا من عنـــاصره الجوهرية(١) · ومن هنـــا ، كان كل حق مزودا بالضرورة بدعـــوى تؤكده وتحميه ، خلافا لما يراه بعض الفقهاء(٢) من امكان وجـــود الحق دون وجود الدعوى · فالمثل الذى يضربونه للتدليل على رأيهم من وجود نوع من الالتزام هو « الالتزام الطبيعى » لا يملك الدائن اجبار المدين على الوفاء به الا أن يقوم به المدين طواعية واختيارا فيعتبر وفاؤه صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، مثل غير مجد فى هذا الشأن · فهذا الالتزام ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح وبالتالى لا يوجد فى مقابلته أى حق للدائن · ومن هنا لم يكن تخلف وجـود الدعوى فى يد الدائن لاقتضاء الوفاء بهذا الالتزام دليلا يؤخذ على امكان وجود الحق دون أن يستتبع وجوده قيام دعوى تحميه · فاذا انقضى دين بالتقـادم مثلا ، فلا يبقى للدائن بعد ذلك حق فى اقتضاء وفاء المدين ، وبالتالى لا تكون

---

(١) فى هذا المعنى :

Ionescu, thèse précitée, No. 29, pp. 63 - 66. — Réglade, op. cit., pp. 33, 90. — Notre thèse précitée, p. 89.

شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العمة للحق ، ١٩٤٩ ، ص ١٥ ·

ولكن اذا كانت الدعوى أثرا من آثار الحق بمعنى أن وجود الحق يستتبع وجود الدعوى ، الا أن العكس ليس بصحيح · فليس فى وجود دعوى من الدعاوى دليل حتمى على وجود حق من الحقوق (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٥٦٩) ·

(٢) Capitant, op. cit., No. 91. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 188. — Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon 1939, No. 155, p. 318.

بيده دعوى يؤيد بها هذا الاقتضاء ، وتخلف دعواه هنا ليس دليلا على امكان قيام حقه دون دعوى ، وانما هو دليل على تخلف حقه وانقضائه(١) .

---

(١) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., pp. 98, 99.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ١٤ . – شمس الدين الوكيل ، دروس فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٣/١٩٥٢ ، ص ١٦ و ١٧ . – جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .

الفصل الثالث

أنـــواع الحـــق

٢٣١ – تعدد أنواع الحق ، وتقسيماته المختلفة(١)

يجرى الفقهاء عند الكلام فى أنواع الحق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر اليها · وليست كل هـــذه التقسيمات بذات أهمية متساوية · ولذلك اذا كنا سنشير الى أهم هذه التقسيمات المتعددة ، فلكى نستصفى منها من بعد ما يجب لأهميته الوقوف عنـده والخوض فيـه بشىء من البيان والتفصيل ·

(١) فثم تقسيم للحقوق الى « **حقوق سياسية** » (droits politiques) و « **حقوق مدنية** » (droits civils) (٢) · ويقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التى تثبت للأفراد باعتبارهم أعضاء فى جماعة سياسية معينة فتخولهم حق المشاركة فى حكم هذه الجماعة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الانتخاب وحق تولى الوظائف العامة · ويقصد بالحقوق المدنية ما يلزم ثبوته للأفراد فى نشاطهم العادى فى الجماعة من حقوق غير ذات صفة سياسية ، وبذلك يضم هذا النوع طائفة كبـــيرة من الحقوق تختلف فيما بينها ولـكن يجمعها انتفاء الصفة السياسية ·

وليس لمثل هذا التقسيم أهمية كبيرة · اذ تنحصر أهميته فى أن الحقوق السياسية – كأصل عام – حقوق قاصرة على الوطنيين وحدهم دون الأجانب بالنظر الى ما تخوله من حقوق المساهمة والمشاركة فى حكم الدولة ، بينمـــا تثبت الحقوق المدنيـــة فى الأصل لكل فرد أو شخص دون اعتبار لجنسيته بوصفها لازمة له فى نشاطه فى الحياة الاجتماعية(٣) ·

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧١ – ٥٧٧ ·

(٢) أنظر فى ذلك :
Capitant, op. cit., No. 16.

(٣) ولكن يمكن أن ترد استثناءات على هذا الأصل أو ذاك ·

(٢) وقريب من هـــذا التقسيم تقسيم الحقـــوق الى « **حقوق عامة** » (droits publics) و « **حقوق خاصة** » (droits privés) • ويقصـــد بالحقوق العامة تلك الحقوق التى يحكمهـــا القانون العـام نظرا لتعلقها بحق السيادة فى الجماعة • أما الحقوق الخاصة ، فهى التى يحكمها القانون الخـاص نظرا لعدم تعلقها بحق السيادة فى الجماعة وقيامها بين الأشـخاص بوصفهم أشخاصا عاديين • غير أن هذا التقسيم ليس الا ترديدا لتقسيم القـانون الى عام وخاص على التفصيل السابق بيانه ، فهو لا يضيف جديدا(١) يجعلنـا نتوقف عنده •

(٣) وكذلك يجرى بعض الفقهاء على تقسيم الحقوق الى « **حقوق حالية** » (droits actuels) من ناحيـــة ، والى « **حقـــوق مؤجلة أو مستقبلة** » (droits futurs) و « **حقوق شرطية** » (droits conditionnels) و « **حقوق احتمالية** » (droits éventuels) من ناحية أخرى • ولكن ليس هذا التقسيم بالذى يجب التوقف عنده • فهو يقوم على أساس وجود الحق وهل هو يقينى حال أم غير ذلك ، ولهذا تنحصر أهميته فى فترة الشك من أمر هذا الوجود : فاذا انحسم هذا الشك باثبات الوجود ، لم يعد ثم ما يفرق هذه الحقوق عن بقية الحقوق ، أما اذا انحسم بنفى هذا الوجود ، فلا نكون حينئذ بصدد حق من الحقوق(٢) •

(٤) وثم تقسيم آخر للحقوق يقول به بعض الفقهاء ، هو تقسيمها الى « **حقوق مقيدة أو مراقبة** » (droits contrôlés) و « **حقوق مطلقة أو تقديرية** » (droits discrétionnaires) (٣) ، حيث يخضـع اسـتعمال الأولى لتعقيب القضاء ورقابته ، بينما يترك استعمال الثانية لمحض تقـــدير أصحابها دون

---

(١) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 143.

(٢) انظر فى نقد هذا التقسيم كذلك :
Dabin, Le droit subjectif, 1952, pp. 165, 166.

(٣) انظر فى ذلك بصفة خاصة :
Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil, 1944, pp. 1 - 19.

رقابة عليهم فى ذلك . وسنرى أن هذا التقسيم وهمى ، وأن الحقوق جميعا من هذا الوجه مقيدة الاستعمال تخضع فى ذلك لرقابة القضاء وتعقيبه على ما سنبينه من بعد فى « نظرية التعسف فى استعمال الحق » .

(٥) وهناك طائفة من الحقوق تحظى باهتمام الفقهاء هى « **حقوق الأسرة** » (droits de famille) التى تقوم بين أعضاء الأسرة بعضهم قبل البعض ، وتثبت لكل منهم باعتبار مركزه فى الأسرة . ومن أمثلة هذه الحقوق سلطة الأب أو حقه فى تأديب أولاده وتعليمهم ، وسلطة الزوج على زوجته وحقه عليها فى طاعته .

ويراعى أن حقوق الأسرة تتميز فى مجموعها عن بقية الحقوق بأنها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب بل تضع على عاتقهم واجبات كذلك فى نفس الوقت(١) فالأب مثلا اذ تكون له سلطة تأديب أولاده ، فعليه كذلك واجب هذا التأديب . والزوج اذ يكون له حق الطاعة على زوجته ، فعليه كذلك واجب ايوائها والانفاق عليها . ومرد هذه الخصيصة فى حقوق الأسرة وسلطاتها الى أن هذه الحقوق والسلطات لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحتهم الخاصة ، وانما تمنح لهم أساسا لتحقيق مصلحة الأسرة كلها ومصلحة الخاضعين من هذه الأسرة لهذه الحقوق وتلك السلطات .

والأصل أن حقوق الأسرة غير مالية فلا يملك أصحابها التعامل عليها بالتصرف فيها أو النزول عنها ، ولا يملك الدائنون توقيع الحجز عليها ولا تنتقل بالموت الى ورثة أصحابها . غير أن ثم حقوقا مالية تنشأ للأفراد نتيجة مراكزهم فى الأسرة وعلاقات القرابة التى تربطهم بغيرهم ، كحق الارث وحق النفقة ، ولكن مثل هذه الحقوق تعتبر حقوقا مالية خالصة فتخرج عن نطاق حقوق الأسرة(٢) .

(٦) غير أن التقسيم التقليدى الذى جرى عليه أغلب الفقهاء واتبعته

---

(١) Capitant, op. cit., No. 90.

(٢) Capitant, Ibid.

أكثر التقنينات ، هو تقسيم الحقوق الى « **حقوق مالية** » **(droits pécuniaires** ou patrimoniaux) و « **حقوق غير مالية** » **(droits extra-patrimoniaux)**.
وهذا التقسيم له فائدة غير منكورة في تأصيل التفرقة بين طائفتين كبيرتين من الحقوق ، تبعا لتوافر أو تخلف القيمة المالية فيها وما يستتبعه ذلك من آثار مختلفة ، أهمها دخول الحقوق المالية وحدها في الذمة المالية مكونة جانبها الايجابي ، وقابليتها بالتالي — على خلاف الحقوق غير المالية — للتصرف والحجز والتقادم والارث .

ولكن فائدة هذا التقسيم ، لا تحجب عدم قطعه ودقته(١) . فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية ، كحق البنوة يستتبع الارث ، وحق الطلاق يستتبع حق النفقة . وكذلك فالاعتداء على الحقوق غير المالية لا يلبث أن يولد حقوقا مالية بالتعويض . هذا فضلا عن أن بعض الحقوق يستعصى ردها الى طائفة الحقوق المالية وحدها ، نظرا لما لها من طبيعة مزدوجة مالية ومعنوية على السواء ، كالحق الذهني أو حق المؤلف الذى يعطى صاحبه حقا معنويا فى الأبوة على خلقه الفكرى وكذلك حقا ماليا فى احتكار استغلاله .

(٧) ولذلك يتجه بعض الفقهاء المحدثين(٢) نحو تقسيم آخر يقيمونه على أساس المحل ، نظرا لما للمحل من أثر كبير فى تحديد مضمون الحق وتنويع سلطاته ، فيقسمون الحقوق على هذا الأساس الى « **حقوق الشخصية** » **(Les droits de la personnalité)** و « **الحقوق العينية** » **(Les droits réels)** و « **الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية** » **(Les droits personnels** ou de créance) و « **الحقوق الذهنية** » **(Les droits intellectuels)**.
وربط هذا التقسيم بالتقسيم السابق عليه يظهر أن حقوق الشخصية من طائفة الحقوق غير المالية ، وأن الحقوق العينية وحقوق الدائنية من طائفة

---

(١) انظر فى ذلك :
Marty et Raynaud, t. I, No. 144. — Mazeaud, t. I, No. 158.

(٢) Dabin, pp. 167 et s. — Marty et Raynaud, No. 145.

الحقوق المالية ، بينمـا ترد الحقوق الذهنية الى الطائفتين معـا فى نفس الوقت ، فنعرض لكل من هذه النماذج فى مبحث على حدة ٠

المبحث الأول

حقوق الشخصية(١)

Droits de la personnalité

٢٣٢ — التصوير السائد لحقوق الشخصية

يذهب جمهور الفقهاء المحدثين الى الاعتراف بكيان مستقل لطائفة معينة من الحقوق يطلقون عليها اسم « حقوق الشخصية » ، ويقصدون بهـا الدلالة على تلك الحقوق التى تنصب على مقومات وعنـاصر الشخصية فى مظاهرها المختلفـة ، بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة واردة على هـذه المقومات وتلك العناصر بقصد تنمية هـذه الشخصية وحمايتها أساسا من اعتداء الأفراد أو الأشخاص الآخرين(٢) ٠ واذا أطرحنا جانبا حقوق الأسرة نظرا للخلاف حول دخولها أو عـدم دخولها ضمن حقوق الشخصية ، نجد الاتفاق قائما بين جمهـور الفقهاء على رد حقوق الشخصية بمعنـاها الدقيق الى فرعين أولين يعكسان وجهى الشخصية وما ترتكز عليه من مقومات مادية ومعنوية على السواء ، والى فرع ثالث يتعلق بنشاط الشخصية ذاتهـا وما يستوجبه من حماية ٠

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Perreau, Des droits de la personnalité, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, pp. 501 - 536. — Regamey, La protection de la personnalité en droit civil, thèse, Lausanne, 1929. — Nersan, thèse précitée

عبد الحى حجازى ، نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، ص ٢٤ — ٤٦ ٠ — وكتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧٨ — ٥٩٧ ٠

(٢) أنظر فى التمييز من هذا الوجه بين حقوق الشخصية وحقوق الانسان . كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧٨ — ٥٨١ ٠

(١) الحقوق الواردة على المقومات المادية للشخصية :

نجد فى طليعة هذه الحقوق الحق فى الحياة (droit à la vie) والحق فى السلامة البدنية أو الجسمية (droit à l'intégrité physique) . فلكل شخص حق يرد على جسمه يخول له حماية لهذا الجسم بأعضائه المختلفة من أى اعتداء يقع عليه . ومقتضى هـــذا الحق امتناع كل شخص عن المساس أو الاعتداء على جسم غيره بضرب أو جرح . ولذلك فالأصل أن الجراح يمتنـــع عليه اجراء جراحة للمريض الا بعد الحصول على موافقته(١) ، وأن الشخص لا يمكن اجباره على الخضوع لتجارب أو تحاليل طبية أو علمية لا يأذن بها . غير أن هذا الاصل ليس بالمطلق ، ففى الأحوال التى يستحيل فيها الحصول على اذن المريض أو أقربائه القريبين ويكون الاقدام على جراحته أمرا ضروريا وعاجلا لا يحتمل التأخير ، يبدو أن للطبيب الاقدام على الجراحة رغم تخلف اذن صاحب الشأن(٢) . وقد ترغم القوانين واللوائح الأشخاص — فى أحوال معينة — على الخضوع لفحوص طبية أو تحاليل معينة ، أو على تحمل تطعيم أو علاج وقائى معين ضد بعض الأمراض أو الأوبئة . بل وقد يتولى القضاء نفسه — فى صدد خصومة مطروحة أمامه — اخضاع أحد الخصوم لفحص طبى أو تحليل علمى معين ، ولكن يكون لهـــذا الخصم أن يرفض الخضـــوع لذلك فيتحمل حينئذ عواقب هـــذا الرفض ، اذ قد يستخلص القاضى من رفضـه — مع انعدام أو قلة مخاطر الفحص أو التحليل المتطلب — قرينة قضـــائية تعزز دعوى خصمه .

واذا كان حق الشخص على جسمه يحميه من اعتداء الغير عليه أو يجنبه تدخل الغير الماس بأعضائه دون رضـــاه ، فليس معنى ذلك أن للشخص — بمقتضى هذا الحق — سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء . ولذلك تنحو بعض التقنينات الحديثة ويؤيدها الفقه فى ذلك(٣) ، نحو الحد من مثل هـــذه السلطة المطلقة — كفالة لاحترام الانســـان فيما له من كيان مادى —

---

(١) Mazeaud, t. I, No. 629. — Marty et Raynaud, Nos. 232, 481.

(٢) Mazeaud, t. I, No. 629, p. 631.

(٣) عبد الحى حجازى ، ص ٣٨ و ٣٩ . — اسماعيل غانم ، ص ٢٠ و ٢١ .

بتحريم تصرف الشخص فى جسمه أو فى جزء منه(١) تصرفا قانونيـــا حالا منجزا إلا اذا كان مثل هذا التصرف لا يضمر خطرا على حياته أو على استمرار سلامة واكتمال كيانه المـــادى • ولذلك يعتبر صحيحا تصرف الشخص فى بعض دمه بالهبة أو البيع(٢) •

والأصل أن حق الشخص على جسمه يظل قائما وثابتا له طوال حياته بحيث ينقضى بوفاته • ولكن مراعاة الـكرامة الانسانية الواجبـة للجسم فى حال الحياة وفى حال الموت على السواء ، تجوز الخروج على هذا الأصل باعطاء الشخص الحق فى تحديد مصير جثته بعـــد موته ، بشرط ألا يخالف هــذا التحديد أحكام القوانين واللوائح أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب • ففى هذه الحدود ، يملك الشخص أن يوصى بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث علمية أو طبيـــة لاجراء تجارب عليهـــا ، أو يوصى بعينيه لبنك من بنـوك العيون(٣) ، أو يوصى بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته الى جسم من يحتاجه من المرضى(٤) •

(٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية للشخصية :

اذا كانت الشخصية تستوى عـلى مقومات مادية هى الـكيان أو الجسم المـادى للفرد فهى تستوى كذلك عـــلى مقومات معنوية كالشرف والاعتبـار والكرامة والسمعة والمعتقدات والأفكار والمشـاعر • فهذه المقومات عنـــاصر أساسية للشخصية لا تقوم بدونها • ولذلك ، فحمـــاية للشخصية ، يرى

---

(١) واضح ان ما ينفصل عن جسم الانسان من أجزاء أو أعضاء يصبح التصرف فيه بعد انفصاله ، اذ بالانفصال يصبح العضو أو الجزء محل التصرف شيئا داخلا فى دائرة التعامل • (فى هذا المعنى : عبد الحى حجازى ، ص ٣٩ و ٤٠ • ـ اسماعيل غانم ، ص ٢١) •

(٢) فى هذا المعنى :
Mazeaud, t. I, No. 665, p. 668.
عبد الحى حجازى ، ص ٣٩ • ـ اسماعيل غانم ، ص ٢٠ •

(٣) انظر فى ذلك :
Mazeaud, t. I, No. 681. — Marty et Raynaud, t. I, No. 182.
عبد الحى حجازى ، ص ٤٠ و ٤١ •

(٤) أجريت أخيرا جراحات لنقل وزراعة القلب والكلية ، ونجح بعضها •

جمهور الفقهاء وجـــوب الاعتراف للأفراد على هـــذه المقومات بحقوق معينة تؤمنهم عليها وتكون سندهم فى دفع ما يقع عليهـا من اعتداء وفى التعويض عن أضراره ٠

١ ـ فللفرد **حق فى الشرف** (droit à l'honneur) (١) ، يكفـــل له الاحترام الواجب للشخصية ولاعتبارها وكرامتها وسمعتها بحيث يمتنع على الآخرين المساس بشخصيته من نواحى هـــذا الاعتبار المعنـــوى ، والا كان للمعتدى على شرفه الحق فى المطالبة برفع الاعتداء وبالتعويض عمـا لحقه من أضرار بل ان معظم القوانين ترى فى الاعتـــداء على الشرف الشخصى اعتـداء على الجماعة نفسها ، ولذلك لا تكتفى بالجزاءات المدنية بل تأخذ المعتدى كذلك ـ بشروط معينة ـ بجزاءات جنائية ٠

٢ ـ وللفرد كذلك **الحق فى السرية** (droit au secret) (٢) ، لتظـل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العـلانية مصونة عن التدخل والاستطلاع ، فيمتنع على الغير افشاء أسرار شخص دون اذنه أو موافقته ، وخاصة اذا كان اطلاعه على هـــذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو محام أو بحكم صلته كزوج ، الا فى الأحوال التى يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك ٠ بل ويكفل القـــانون حماية السرية بالعقاب جنائيا على افشاء أصحاب المهن لما ائتمنوا عليه من أسرار ٠ ويتفرع عن الحق فى السرية بوجه عام حق الشخص فى سرية مراسلاته واتصالاته التليفونية بوجه خاص ٠

٣ ـ وللفرد كذلك **حق فى الاسم** (droit au nom) يكفـــل له تمييز شخصيته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فيمتنع على غـيره انتحال اسـمه أو المنازعة فيه ٠ وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعد ٠

٤ ـ واذا كان للفرد ـ على ما رأينا ـ حق على كيانه وجسمه المادى يكفل

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك خاصة :
Nerson, thèse précitée, Nos. 95 - 109.

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :
Nerson, thèse précitée, Nos. 82 - 94.

السلامة المادية لشخصيته ، فان السلامة المعنوية (L'intégrité morale) للشخصية تقتضى الاعتراف للفرد بحق على الهيئة أو الصورة (droit à l'image) التى تعكس كيانه المادى وتعتبر مظهر شخصيته • ولذلك فالأصل هو امتناع عرض أو نشر صورة شخص دون اذن منه ، الا فى حالات استثنائية ، كأن يتم ذلك بمناسبة حوادث وقعت علنا أو كانت تتعلق برجال رسميين أو لهم صفة عامة(١) •

٥ — ومن حقوق الشخصية الواردة على المقومات المعنوية كذلك حق الشخص على ما يبتكره من أفكار وهو ما يعرف باسم الحق المعنوى الذهنى أو « **الحق المعنوى للمؤلف** » (Le droit moral de l'auteur) .

فأفكار الشخص هى من صنعه وخلقه ، ولذلك تعتبر آثاره الفكرية هى شخصيته نفسها من الناحية الذهنية أو الفكرية ، ويكون حقه فى أبوة هذه الآثار حقا من حقوق الشخصية ، يظل لاصقا بشخصيته لا ينفصل عنها حتى ولو تنازل عن احتكار استغلالها ماليا الى غيره • وهذا الحق المعنوى يخول صاحبه ، كما سنرى ، سلطة تقرير نشر أثره الفكرى أو عدم نشره ، وحق نسبته اليه وحماية هذه النسبة من ادعاء الغير ، وسلطة تعديله وتغييره ، بل وسلطة سحبه من التداول والنشر •

(٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية :

لابد للشخصية ، حتى تنشط وتؤدى دورها فى الحياة ، من حرية القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن القيام بها • ولذلك تجب حماية الشخصية فيما يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك ، مثل حرية التنقل والذهاب والمجىء ، وحرية التفكير وحرية اختيار العمل ، وحرية التجارة ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج وما الى ذلك •• فللأفراد حق فى هذه الحريات العديدة وأمثالها ، نظرا للزومها للشخصية من حيث تامين وظيفتها ونشاطها • واعتداء الغير على هذا الحق بالتدخل فى هذه

(١) انظر فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «١» و «٢» ص ٥٨٧ •

الحريات ، يخول للمعتدى عليه المطالبة برفعه ووقفه والتعويض عن أضراره ٠

٢٣٣ – نقد التصوير السائد ، والحد من نطاق حقوق الشخصية

تلك هي حقوق الشخصية ونطاقها في التصوير السائد في الفقه الحديث لها ٠ غير أن هذا التصوير محل نظر من أكثر من ناحية كما سنرى ٠ وهو يؤدى كذلك الى توسيع نطاق هذه الطائفة من الحقوق توسعة مصطنعة ليس لها من مبرر الا مجرد التجوز في التعبير والترخص في اغداق اصطلاح « الحق » دون تمييز أو تثبت من توافر مدلوله الدقيق ٠ ويكشف عن أمر هذه التوسعة المصطنعة لنطاق هذه الطائفة من الحقوق أن هذه الحقوق ما تزال – حتى في نظر الداعين لها – مفتقرة الى كثير من التحديد والتماسك ٠

وقد أحسن المشرع المصرى – على نحو ما يفعل بعض المشرعين الحديثين كالمشرع السويسرى – بالاحجام عن مسايرة الفقه السائد في تعديد حقوق الشخصية على النحو السالف ذكره اكتفاء بالاشارة الى حماية هذه الحقوق بصفة عامة(١) بنصه على أن « كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » (م ٥٠ مدنى) ٠

والواقع أننا اذا أمعنا النظر في قائمة الحقوق التي يقدمها الفقهاء لطائفة حقوق الشخصية ، لم نجد منها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق الا العدد القليل ٠

فالحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية ليست أصلا حقوقا بالمعنى الدقيق ، اذ هي بذاتها الحريات أو الرخص العامة التي تثبت للناس كافة دون أن يختص بها بعض منهم على سبيل الاستئثار والانفراد ، والتي سبق أن

---

(١) وعلة الحماية العامة يؤكدها بصفة خاصة في صدد حق من حقوق الشخصية هو حق الاسم (م ٥١ مدنى) كما ستريد الاشارة من بعد ٠

ميزنا بينهـا وبين الحقوق(١) • ولذلك يجب استبعـادها من نطـاق حقوق الشخصية •

وأما الحقوق الواردة على المقومات المادية والمعنوية للشخصية ، فأقلهـا هو الذى يصدق عليه وصف « الحق » بالمعنى الدقيق فيصح اعتباره بالتالى ضمن طائفة حقوق الشخصية ، أما أغلبها فيفتقد هذا الوصف بحيث يجب استبعاده من نطـاق هـذه الطائفة • ذلك أن الحـق يفترض شخصـا يكون صاحبه ومحلا يقع عليه ، وبديهى وجوب انفصـال المحل عـن الشخص أو الصاحب ، اذ لا يتصور أن يكون الشخص صاحبا للحق ومحلا له فى نفس الوقت • وأكثر الحقوق التى يقـال بورودها على المقومـات المـادية والمعنوية للشخصية انما يرد على الشخص ذاته لا على محل خـارجى عنه(٢) ، ولذلك لا يحل اعتبارها من قبيل الحقـوق ولا ادخالها بالتـالى ضمن « حقـوق الشخصية » • أما حيث يوجد من مقومات الشخصية ما له كيان خارجى قائم بذاته متميز عن كيان الشخص ، فلا حرج حينئذ من اعتبار المكنات والسلطات المخولة للفرد عليه من قبيل الحقوق • ولـذلك ينبغى اعتبار الحق فى الاسم حقا بالمعنى الصحيح ، لأنه يرد على شىء له كيان خـارجى قـائم بذاته رغم اتصاله الوثيق بالشخص • وكذلك الحق المعنوى للمؤلف حق بالمعنى الصحيح لأنه يرد على أثر فكرى قد أصبح له كيان مستقل منذ أن خرج عـن شخص مبتكره بالتعبير وان كانت الصلة بينهما تظل قائمة ووثيقة • ومن هنا يكون صحيحا اعتبار هذين الحقين من حقوق الشخصية •

واذا كنا تنكر صفة الحقوق على الكثرة الغالبة مما يسميه جمهور الفقهاء

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٤٠ و ٤٤١ •

وأنظر كذلك فى هذا المعنى :

Capitant, Sur l'abus des droits, Rev. trim. de droit civil, 1928, pp. 371 - 374. — Notre thèse précitée, ppp. 98 - 105.

(٢) فى هذا المعنى : Notre thèse précitée, p. 91:

وقارن مع ذلك فيما يقال من تبريرات لنفى هذا المعنى :

Edmond Picrad, Le droit pur, Nos. 37, 41, 42. — Dabin, op. cit., p. 169.

وأنظر فى مناقشة هذه التبريرات : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٥٩١ •

بحقوق الشخصية ، فليس معنى ذلك أننا نذر القيم والمصالح التى تمثلها دون حماية كما يظن البعض(١) . فليس ينكر أحد ضرورة حماية مصلحة الفرد فى سلامة جسمه أو شرفه أو سرية حياته ومراسلاته أو حرية نشاطه ، وانما ليس بحتم أن تكون وسيلة الحماية هى اصطناع حق يفتقد مقومات الحقوق . فالحماية مكفولة ميسورة بوسائل أخرى توافق الواقع ولا تناقضه مثل هذه المناقضة الظاهرة ، اذ فى فكرة المسئولية التقصيرية غناء عن عناء التحايل على اصطناع وتأصيل مثل هذه الحقوق المزعومة(٢) .

والواقع أن الكثرة الغالبة من حقوق الشخصية التى تنكر عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق لا وجود لها قبل وقوع اعتداء عليها . فطالما لم يقع اعتداء على الجسم أو الشرف أو السمعة أو السرية أو الحرية ، لا يوجد بعد حق فى سلامة الجسم أو فى الشرف أو فى السرية أو فى الحرية . وانما ينشأ ، بعد الاعتداء على هذه القيم والمصالح ، حق للمعتدى عليه فى حمايتها واصلاح أضرار الاعتداء عليها . وهذا الحق انما مصدره فعل الاعتداء غير المشروع ومسئولية المعتدى عن خطئه المتمثل فى هذا الاعتداء(٣) . ذلك أن الرابطة القانونية — وهى قوام الحق كما رأينا — لا تنشأ قبل هذا الاعتداء(٤) ، لأنه ليس للشخص تسلط على نفسه كما يتسلط على الأشياء أو حق بعد فى اقتضاء أداء معين من شخص معين من الأشخاص(٥) . فكأن هذه الحقوق المزعومة اذن فى سلامة الجسم أو الشرف أو السرية أو الحرية

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 656.

(٢) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٩٣ .

(٣) فى هذا المعنى :
Nerson, thèse précitée, No. 174. — Roubier, préface à la thèse précitée de M. Nerson. — Notre thèse précitée, pp. 91, 92.

(٤) فى هذا المعنى :
Notre thèse précitée, pp. 115, 116.

(٥) وليس صحيحا القول بأن للشخص حقا فى اقتضاء امتناع الكافة عن الاعتداء على سلامة جسمه أو شرفه أو سره أو حريته ، اذ لا يقع على الكافة — كما سنرى — التزام بالمعنى الدقيق حتى يقابله حق واقتضاء صحيح .

ليست الا حقوقا فى اصلاح أو تعويض الضرر الواقع على الشخص فى مقوماته المادية أو المعنوية أو فى حرياته ٠

٢٣٤ ــ خصائص حقوق الشخصية(١)

اذا كانت القلة الضئيلة من طائفة حقوق الشخصية كما يعددها الفقه السائد هى وحدها التى يصدق اعتبارها وتسميتها باسم الحقوق ، فيكون لجمعها رغم ذلك ــ بين أنواع الحق ــ فى طائفة مستقلة تعرف باسم « حقوق الشخصية » ما يبرره من تميزها بخصائص ذاتية لا تشاركها فيها بقية طوائف الحقوق ٠

فمن الواضح أن حقوق الشخصية حقوق لا تنفك ملازمة ولصيقة بالشخص ، وهو ما يستطيع اثباتها لصاحب معين لا تغيره(٢) بحيث تنقضى بموته وانقضاء شخصيته فلا تنتقل من بعد موته بالميراث الى ورثته ٠ وهذه الحقوق ــ نظرا لالتصاقها بالشخصية ــ تكتسب نفس صفاتها ، فتكون حقوقا غير مالية أى لا تقوم بمال ٠ وبذلك تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة التعامل ، فتكون غير قابلة للتصرف أو الحجز عليها ، وتكون غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم ٠ وعلى ذلك ، فالاسم ان كان القانون يثبته فى حياة الأب لأولاده ، فهو لا ينتقل الى الورثة بوفاته ، وهو كذلك لا يقبل التصرف أو التنازل ، ولا يسقط مهما طال مدة اهماله وعدم استعماله ، والحق المعنوى للمؤلف يظل له وحده حتى ولو نزل عن احتكار استغلاله ، وكل تصرف منه فيه يستتبع بطلانه ٠

ولكن يجب عدم المبالغة فى مدى هذه الخصائص ، فهى ليست على النحو من الاطلاق الذى قد يظن بها ٠

فحقوق الشخصية ، ان كانت حقوقا غير مالية ، الا أنها قد تستتبع

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك خاصة :
Nerson, thèse préçitée, Nos. 180 - 208.
(٢) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 642.

آثارا مالية ، اذ أن الاعتداء عليها يولد لأصحابها حقا ماليا في التعويض ، كما سنرى • ولذلك يكون لكل من انتحل الغير اسمه دون حق أو نازعه في استعماله بلا مبرر أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر • ويكون للمؤلف أن يطالب بوقف تدخل الغير أو اعتدائه على ما يخوله له حقه المعنوى من سلطات معينة على مصنفه أو أثره الفكرى ، وبالتعويض عما يلحقه به هذا التدخل أو الاعتداء من ضرر •

ويبدو من ذلك أن الاعتراف بوصف الحق بالمعنى الدقيق لبعض حقوق الشخصية كما فى هذه الحالات ، يخول صاحبه ــ فضلا عن المطالبة بالتعويض وفقا لقواعد المسئولية حيث تتوافر شرائطها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية ــ المطالبة كذلك بوقف الاعتداء على حقه دون توقف على اثبات ترتب ضرر على هذا الاعتداء • ويجب أن لا يفهم من ذلك أن صاحب الحق يملك مثل هذه المطالبة دون مصلحة له فيها ، فلكل صاحب حق ــ والحق اختصاص واستئثار ــ مصلحة ولو معنوية قائمة دائما وظاهرة فى منع الغير من مشاركته فى سلطات حقه أو التدخل فيها أو الاعتداء عليها ، وخاصة اذا كان الحق من حقوق الشخصية أو لصيقا بها • ولذلك فحيث يعتدى على حق من الحقوق ــ وخاصة اذا كان من حقوق الشخصية ــ فان الاعتداء يتضمن فى ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته ، ويولد المصلحة لصاحب الحق فى المطالبة برد الاعتداء وايقافه(١) •

وكذلك اذا كان الأصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، الا أنه خروجا على ذلك يمكن تجويز وتصحيح بعض الاتفاقات فى شأن هذه الحقوق ما دامت مبنية على اعتبارات جدية ومحققة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب • ومن قبيل ما يعتبر صحيحا من هذه الاتفاقات : ترخيص الشخص فى استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبى ، أو اذن الشخص لكاتب أو روائى فى اطلاق اسمه على بعض أشخاص

---

(١) قرب من ذلك :

Nerson, thèse précitée, No. 14; No. 174, pp. 269, 270.

رواياته أو مسرحياته ، أو اذن الشخص في استعمال اسمه كاسم تجاري ، أو ترخيص فنان مشهور في اعطاء بعض المنتجات الصناعيـــة اسمه على سبيل الدعاية والاعلان(١) • وكـــذلك يعتبر صحيحا في فرنســـا ــ حيث تتسمى الزوجة بلقب زوجها ــ ترخيص الزوج بعد الطـــلاق لزوجته الســـابقة في التسمي بلقبه واستعماله(٢) •

واذا كانت حقوق الشخصية غير قابلة في الأصل كذلك للاكتساب أو السقوط بالتقادم ، فقد يكون لمضي المدة ــ استثناء ــ شأن في تأكيد اكتساب بعض هذه الحقوق وحمايتها • ومن قبيل ذلك أن القضاء الفرنسي يدخل في اعتباره استطالة استعمال اسم أدبي مستعار مدة طويلة لتأكيد وحمـــاية صاحبه في استعماله ، بحيث لا يحل لشخص يطـابق اسمه الحقيقي هـــذا الاسم المستعار المطالبة بتحريم استعماله على صاحبه بعد امتداد استعماله له هذه المدة الطويلة(٣) •

واذا كانت حقوق الشخصية لا تنتقل بالوفاة الى الورثة ، فاستثناء من ذلك يخلف ورثة المؤلف مورثهم في بعض سلطات حقه المعنوي ، كفالة لذكراه وحماية لآثاره(٤) •

---

(١) Nerson, thèse précitée, No. 185, pp. 401, 402. — Perreau, article précité, p. 518.

(٢) Marty et Raynaud. op cit., t. I, No. 966, p. 1180.

(٣) Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 558, 564, et pp. 551, 552.

(٤) Nerson, thèse précitée, No. 200. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 609.

المبحث الثـــانى

الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية(١)

٢٣٥ ـ تمهيـــد

اذا كانت « حقوق الشخصية » التى فرغنا من عرضها حقوقا غير مالية ، فالى جوارها توجد حقوق مالية خالصة تضم « الحق العينى » و « الحق الشخصى أو حق الدائنية » . وقد آثرنا دراسة الحقين معا فى مبحث واحد ، نظرا لأن أمر التفرقة بينهما كان محلا لجدل كبير فى الفقه . فنعرض لكل من هـذين الحقـين على التوالى ، ثم نعرض لمناقشة أساس التفرقة بينهمـا ووجوبها بما يتفرع عليها من آثار .

المطلب الأول

الحق العينى

Le droit réel

٢٣٦ ـ تعريف الحق العينى ، وأنواعه

التعريف السائد فى الفقه منذ قديم للحق العينى هو انه يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شىء مادى(٢) ، بحيث توجد صـــلة مباشرة بين الشىء وصاحب الحـق ، فلا يحتاج فى سبيل اعمـــال حقه والتمتع بسلطاته على الشىء الى تدخل من جانب شخص آخر . فقوام الحـــق العينى اذن وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله ، وهذه الصلة المباشرة أمر طبيعى

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Rigaud, Le droit réel, thèse, Toulouse, 1912 — Derruppé, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, thèse, Toulouse, 1952. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 97, 98, 111, 121. — Notre thèse précitée, pp. 95-105.

(٢) ولذلك سنرى أن الحق الذهنى ليس حقا عينيا ، لأنه حق يرد على شىء غير مادى. (أنظر لاحقا ، المبحث الثالث من هذا الفصل) .

ما دام المحل شيئا لا ارادة له بحيث يخضع لارادات الأفراد وتسلطهم دون اختيار . ولذلك سبق أن أشرنا الى أن الحق العينى يفترض وجود « رابطة تسلط » لا « رابطة اقتضاء » ، لأن صاحب الحق لا يتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضى منه أداء ، وانما يخضعه مباشرة لسلطانه وتصرفه .

واذا كانت الحقوق العينية تشترك كلها فى تخويل أصحابها سلطات مباشرة على شيء مادى فانها تنقسم مع ذلك الى نوعين كبيرين : « الحقوق العينية الأصلية » (Les droits réels principaux) و « الحقوق العينية التبعية » (Les droits réels accessoires) . ولا يعنى وصف الأولى بالأصلية والثانية بالتبعية ، أن الثانية تتبع الأولى وترتكز عليها . وانما تعتبر الثانية تبعية ، لأنها تتبع حقا من الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وتستند فى وجودها اليه ، بقصد ضمان الوفاء به وتأمين اقتضاء صاحبه له . ولذلك فاذا وصفت الأولى بأنها أصلية ، فما ذلك الا لتفرقتها عن هذه الثانية التبعية ، وللدلالة على أنها تقوم بنفسها استقلالا دون استناد الى أى حق آخر وعلى أنها مقصودة لذاتها لا لضمان الوفاء بمثل هذا الحق .

٢٣٧ – الحقوق العينية الأصلية

قلنا ان الحقوق العينية الأصلية هى تلك الحقوق العينية المستقلة التى لا تتبع حقا آخر أو تستند فى وجودها اليه ، وانما توجد لأنها مقصودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطات الاستحصال على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية ، وهى لا تخرج عن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف . غير أن هذه الحقوق تتنوع تبعا لاختلاف مضمونها باتساع أو ضيق ما تخوله من هذه السلطات الثلاث . فحيث تتجمع هذه السلطات معا فى يد صاحب الحق ، يسمى الحق « حق الملكية » . وحيث تتجزأ أو تتوزع هذه السلطات ، تتفرع عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر اقتطاعا منه . ولذلك يعتبر حق الملكية هو الحق الرئيسى فى طائفة الحقوق العينية الأصلية ، بينما تعتبر باقى الحقوق العينية الأصلية الأخرى بالنسبة اليه مجرد حقوق فرعية . فنعرض بايجاز لحق الملكية ، ثم للحقوق المتفرعة عنه .

(١) حق الملكيـــة(١) (Le droit de propriété) أقـــوى الحقـــوق العينية الاصلية وأوسـعها مضمونا وسلطات هو « حـق الملكية » ، اذ يخول لصـــاحبه كل السلطـات المتصـورة على شيء مادي من استعمـال واستغلال وتصرف (م ٨٠٢ مدني) ٠

فلمالك الشيء استعماله ، أي استخدامه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه الاستخدام ، كركوبه سيارته أو اقامته في بنائه أو قراءته كتبه ٠ وله كذلك استغلاله أي الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه من ثمار ، كنتاج الماشية وصوف الأغنام والحاصلات الزراعية وأجرة المباني والأراضي الزراعيـة وفوائد السندات وأرباح الأسهم ٠ وله ـ فضلا عن ذلك ـ التصرف في الشيء ، أي التسلط على رقبة الشيء أو على كيانه ووجوده ، بحيث يملك دون غيره التحكم في مصيره واستنفاد سلطاته عليه استنفادا كليا أو جزئيا ٠ وتصرفه في الشيء اما أن يكون ماديا بافنائه والقضاء على مادته أو بتغييره تغييرا جوهريا يقلب وظيفته والغرض منه ، واما أن يكون قانونيا بالنزول عن ملكيته الى الغـير أو بتقرير حق عيني أصلي آخر أو حق عيني تبعي للغير عليه ٠

والأصل أن حق الملكية حق دائم أو مؤبد ، بمعنى أن الشيء المملوك يظل على الدوام محملا بحق الملكية رغم تغير أشخاص مـــلاكه وتعاقبهم ٠ ولـذلك لا يتصور ـ مع استمرار بقاء الشيء ـ أن تؤقت ملكيته بمدة معينة تنقضي بعدها نهائيا دون أن تثبت لأحد من الأشخاص ، أو تنقضي هـــذه الملكيـة بالتقادم المسقط أي بعدم الاستعمال مدة طويلة(٢) ، أو أن تسقط هذه الملكية بمجرد الترك أو الاسـقاط من المـــالك دون أن ينقلها في نفس الوقت الى الغـير(٣) ٠

---

(١) راجع في ذلك : كتابنا « الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، حق الملكة » ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ٠

(٢) ولكن ليس ما يمنع من أن يكتسب الغير الملكية بالتقادم أو مرور الزمن ، اذ ليس في ذلك ما يتنافى مع دوام الملكية حيث لا يتغير بهـذا التقادم المكسب الا شخص المالك وحـده مع استمرار بقاء حق الملكية نفسه ٠

(٣) ولكن استثناه من ذلك ، يباح ترك أو اسقاط الملكية في المنقولات وحدها دون العقارات، بحيث تعود المنقولات المتروكة مباحة سائبة غير مملوكة لأحد ، فيمكن من بعد أن يستولى عليها أي شخص وأن يتملكها بهذا الاستيلاء (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، ص ١٦٩ و ١٧٠)٠

والأصل كذلك أن تثبت ملكية الشيء لمالك واحد يستأثر عليه وحده بكل السلطات ، وهذه هي الملكية العادية أو المفرزة • ولكن يمكن أن تثبت ملكية الشيء لعدة ملاك في نفس الوقت ، بحيث يكون لكل منهم حصة حسابية في الملكية كالربع أو الثلث أو النصف دون أن يتجزأ الشيء بعد بينهم بما يوازي هذه الحصص ، كعدة ورثة يرثون قطعة ارض من مورثهم فيتملكونها غير مجزأة معا كل بقدر نصيبه في الارث . وهذه هي الملكية الشائعة • ومن الواضح أن الملكية الشائعة تتحول الى ملكيات عادية مفرزة ، اذا تم من بعد تقسيم الشيء الشائع بين الشركاء بحيث يفرز لكل منهم جزء من هذا الشيء يوازي حصته الأصلية في الشيوع •

(٢) الحقوق المتفرعة عن الملكية : هي الحقوق العينية التي تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك • وقد حدد التقنين المدني الحالي هذه الحقوق بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق ، فنعرض لكل منها بايجاز على التوالي •

١ ـ حق الانتفاع (droit d'usufruit) هو حق يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال ملك غيره دون التصرف فيه ، اذ تظل سلطة التصرف باقية في يد المالك لأنه ما زال ـ رغم تقريره للغير حق انتفاع على ملكه ـ محتفظا بملكية الرقبة • وعلى المنتفع ـ طوال انتفاعه ـ أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد (م ٩٩٠/١ مدني) ، وأن يرده عند انتهاء حق الانتفاع • وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين (م ٩٩٣/١ مدني) •

٢ ـ حق الاستعمال وحق السكنى : يقتصر حق الاستعمال (Le droit d'usage) على تخويل صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك لغيره ، فهو يختلف اذن عن حق الانتفاع في أنه لا يخول لصاحبه كذلك سلطة استغلاله • واذا كان محل حق الاستعمال عينا معدة للسكنى سمي حينئذ « حق السكنى » (Le droit d'habitation) ، واقتصر على تخويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين دون بقية أوجه استعمالها الأخرى ، ودون استغلالها من باب أولى

بالتأجير مثلا الى الغير . وينحدد في الأصل نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم (م ٩٩٦ مدنى) . ولا يجوز النزول للغير عن أى منهما الا بناء عـــلى شرط صريح أو مبرر قوى (م ٩٩٧ مدنى) . وكلا الحقين ـ كحق الانتفاع ـ حق مؤقت ينتهى بانقضاء الأجل المعين أو حتى قبل انقضائه فى حال موت صاحبه .

٣ ـ **حق الحكر** : يتقرر هذا الحق على الارض الموقوفة(١) ، ويخـــــول لصاحبه ـ ويسمى المحتكر ـ استعمالها بالغراس فيها أو البناء عليها . وهو يملك ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدنى) . ولا يجوز التحكير الا لضرورة أو مصلحة . ويجب على أى حال أن لا يزيد التحكير على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) .

وحق الحكر حق مؤقت ينتهى بحلول الأجل المعين له . ولكنه ـ على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى ـ لا ينقضى بموت المحتكر اذا كان موته قبل حلول الأجل وبعد بنائه أو غراسه . أما اذا كان المـوت قبل البنـاء أو الغراس ، فالأصـــل هو انقضـــــاء الحكر الا اذا طلب جميع الورثة بقـاءه (م ١٠٠٨/١ و ٢ مدنى) .

٤ ـ **حق الارتفاق** (Le droit de servitude) : الارتفاق ـ كما يعرفه المشرع ـ « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » (م ١٠١٥ مدنى) . والعقار المثقل بالارتفاق أو العقـــار المرتفق به يسمى « العقار الخادم » ، والعقار المرتفق أى المقرر لفائدته الارتفاق يسمى « العقـار

---

(١) لم يعد جائزا ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة منذ العمل بالتقنين المدنى الحالى فى ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ . ومع ذلك يظل مستمرا ما كان مرتبا من قبل وقت العمل بهذا التقنين من حكر على أرض غير موقوفة (م ١٠١٢ مدنى) .

ولما كان المشرع المصرى قد ألغى الوقف الأهلى بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فقد أدى ذلك الى انتهاء الأحكار المرتبة على الاعيان الموقوفة وقفا أهليا . ثم لم يلبث المشرع بعد ذلك أن مضى فى سياسة تصفية الأحكار على الأوقاف الخيرية فأجاز القانون رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٥٣ لوزير الأوقاف انهاءها اذا اقتضت المصلحة ذلك . ثم حدد بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ مهلة خمس سنوات لاتمام هذا الانهاء ، ومدت هذه المهلة بعد ذلك .

المخدوم » . ومن أمثلة حقوق الارتفاق : حق المرور الذى يوجد طريقا أو ممرا للعقار المرتفق أو المخدوم عبر العقار المرتفق به أو الخادم ، وحق المطل الذى يبيح فتح مطلات على ملك الجار على أقل من المسافة القانونية المشروعة .

ولما كان حق الارتفاق مقررا لمنفعة عقار معين ، فمعنى ذلك أن المنفعة التى يحققها منفعة عينية تتعلق بالعقار لا منفعة شخصية تتعلق بمالكه . ولذلك فالاصل بقاء هذا الحق واستمراره رغم تغير ملاك العقار المرتفق . ولكن ليس معنى هذا أنه يعتبر حقا أبديا أو دائما فى جوهره(١) بل تملك الارادة تأقيته بأجل معين ، وحينئذ يكون انتهاؤه بانقضاء هذا الاجل (م ١٠٢٦ مدنى) .

وعلى خلاف حق الملكية الذى لا ينقضى مهما طالت مدة عدم استعماله ، تخضع كل الحقوق العينية المتفرعة منه للتقادم المسقط فتنقضى بمضى المدة القانونية على عدم استعمالها (م ٩٩٥ و ١٠١١ و ١٠٢٧ مدنى) .

٢٣٨ ـ الحقوق العينية التبعية

يقصد بهذه الحقوق تلك الحقوق العينية(٢) التى توجد لتأمين أو لضمان الوفاء بحق شخصى أى بحق دائنيه ضمانا خاصا ، فهى تابعة لهذا الحق المضمون ، ومن هذه التبعية جاءت تسميتها . فهذه الحقوق تأمينات أو ضمانات عينية لوفاء الديون ، اذ تخول للدائن سلطة تتبع الشىء الضامن الذى ترد عليه ولو خرج من تحت يد المدين ، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، جـ ١ ، هامش ص ١٦٤ .

(٢) أنظر فى اعتبار هذه الحقوق حقوقا عينية :

شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد ، جـ ١ ، فى التأمينات العينية ، فقرة ٢٨ ـ كتابنا أصول القانون هامش «١» ص ٦٠٦ .

وقارن مع ذلك :

Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels, Rev. crit. de législation et de juriprurence, 1931, pp. 589-612. V. Nos. 40-50, pp. 594-612.

شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العينى ، فقرة ١١ وما بعدها .

من قيمته النقدية بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين غير المزودين بمثل هذه الحقوق . ولذلك تجنب الحقوق العينية التبعية أصحابها مخاطر الضمان العام وما يجره من اقتسام الدائنين أموال المدين قسمة غرماء أى بنسبة دين كل منهم .

وتتنوع هذه الحقوق بحسب مصدرها أنواعا ثلاثة ، حق الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز . والأول يتقرر بمقتضى عقد من العقود ، والثانى بأمر من القضاء ، والثالث ينص فى القانون .

(١) حق الرهن : الرهن نوعان : رهن رسمى ورهن حيازى :

١ ــ الرهن الرسمى (Le droit d'hypothèque) : ينشأ هذا الرهن عن عقد رسمى يخول الدائن ، على عقار مخصص لوفاء دينه ، سلطة التقدم على الدائنين التالين له فى المرتبة ، فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون (م ١٠٣٠ مدنى) .

٢ ــ الرهن الحيازى (Le droit de gage) ينشأ هذا الرهن عن عقد يخول للدائن سلطة حبس الشىء المقدم كضمان للدين الى حين استيفائه . وسلطة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء دينه من ثمن الشىء فى أى يد يكون (م ١٠٩٦ مدنى) .

واذا كان هذان الحقان يخولان للدائن المرتهن سلطة تتبع الشىء المرهون فى أى يد يكون وسلطة التقدم على غيره من الدائنين فى اقتضاء دينه ، فانهما يختلفان فى أن حق الرهن الرسمى لا ينشأ الا بمقتضى عقد رسمى يحرر أمام موظف مختص والا كان باطلا ، أما حق الرهن الحيازى فينشأ بمقتضى عقد رضائى أى بمجرد التراضى . وكذلك يختلف الحقان فى أن حق الرهن الحيازى يقع على العقار أو المنقول على السواء ، بينما لا يقع حق الرهن الرسمى فى الأصل الا على العقار وحده . وكذلك فانه يترتب على حق الرهن الحيازى وضع الشىء المرهون فى حيازة الدائن المرتهن أو من ينوب عنه دون خروجه من ملك المدين الراهن ، على خلاف الحال فى حق الرهن الرسمى حيث يبقى العقار المرهون فى حيازة مالكه .

(٢) حق الاختصاص (Le droit d'affectation) : لا ينشأ هذا الحق كحق الرهن بمقتضى عقد ، ولكن ينشأ بمقتضى أمر من القضاء به . وهو لا يتقرر لكل دائن ، بل يتقرر للدائن حسن النية الذى بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين ، ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين (فلا يتقرر على منقولاته) ، وذلك ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥/١ مدنى) . ويكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمي ، أى يكون له حق التتبع وحق التقدم أو الأولوية في اقتضاء الدين من المقابل النقدى للشيء . ولذلك يسرى على الاختصاص في الأصل ما يسرى على الرهن الرسمى من احكام ، فيما عدا ما ورد بشأنه من أحكام خاصة (م ١٠٩٥ مدنى) .

(٢) حق الامتياز (Le droit de privilège) : ينشأ هذا الحق بنص القانون ، لا بأمر من القضاء كحق الاختصاص ، ولا بمقتضى عقد رسمى أو رضائى كحق الرهن بنوعيه . وهو يتقرر مراعاة لصفة خاصة تقوم فى الدين ، فيعتبر القانون الديون التى تتوافر فيها مثل هذه الصفة ديونا ممتازة يستوفيها الدائنون بالتقدم والأولوية على غيرهم من الدائنين (م ١١٣٠ مدنى) . وهذا الحق اما عام يرد على جميع أموال المدين(١) من منقول وعقار ، واما خاص يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا .

ومن أمثلة حقوق الامتياز العامة الامتياز المقرر للمبالغ المستحقة عن الستة الأشهر الأخيرة كأجور ورواتب الخدم والكتبة والعمال ، وكأثمان لما تم توريده من مأكل وملبس ، وكنفقة مستحقة في ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدنى) . ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة ، الامتياز المقرر لما يستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من

---

(١) ولكن يكون من المشكوك فيه حينئذ اعطاؤه وصف الحق العينى ، أنظر : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٤ . — وكتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦٠٩ .

منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى (م ١١٤٣ مدنى) ، والامتياز المقرر للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل - عن أجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه - على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته (م ١١٤٤ مدنى) ، والامتياز المقرر على الشىء المبيع لما يستحق لبائعه من الثمن وملحقاته (م ١١٤٥ و ١١٤٧ مدنى) .

المطلب الثانى

الحق الشخصى أو حق الدائنية

Le droit personnel ou de créance

٢٣٩ - تعريف الحق الشخصى أو حق الدائنية

يعبر الحق الشخصى عن قيام « رابطة اقتضاء » ، أى عن قيام رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء معين أى القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وبذلك يكون للدائن حق فى اقتضاء هذا الأداء من المدين . فالحق الشخصى اذن هو سلطة تثبت لشخص معين فى اقتضاء أداء معين من شخص آخر . واصطلاح « الحق الشخصى » الشائع عن هذا النوع من الحقوق انما يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الأشخاص ، وتحققه عن طريق شخص معين غير صاحبه . ولكن لعل فى التعبير عن الحق الشخصى باصطلاح « حق الدائنية » خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء بين الأشخاص اذا نظر اليها من ناحية الدائن ، فضلا عما فيه من دفع للاختلاط بين اصطلاح « الحق الشخصى » واصطلاح « حق الشخصية » المعبر عن حق لصيق بالشخصية .

والحق الشخصى أو حق الدائنية - كما يبين من تعريفه - ليس محله - كالحق العينى - شيئا من الأشياء ، وانما محله دائما عمل معين(١) من جانب

---

(١) وذلك حتى فى صورة الالتزام باعطاء أى الالتزام بتقرير حق عينى على شىء من الأشياء . فحق مشترى العقار فى اقتضاء نقل الملكية اليه من بائعه - وهو حق شخصى - ليس محله العقار المبيع ، وانما محله عمل ايجابى هو قيام البائع بتحقيق نقل الملكية الى المشترى عن طريق المساهمة فى اجراءات التسجيل (فى هذا المعنى : محمد سامى مدكور ، ص ١٥ . - اسماعيل غانم ، ص ٢٧) .

معين معين ، سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبياً • ومثال العمل الايجابي التزام المقترض برد مبلغ القرض الى المقرض ، والتزام المقاول ببناء منزل ، والتزام الطبيب باجراء جراحة معينة • ومثال العمل السلبي أي الامتناع عن عمل معين : التزام بائع المحل التجاري قبل مشتريه بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه في نفس الحي طوال مدة معلومة ، والتزام كاتب شهير - متعاقد مع صحيفة معينة على الكتابة فيها مدة معينة - بعدم الكتابة في غيرها طوال مدة العقد •

واذا كان الأداء أو العمل على اختلاف صوره الايجابية والسلبية محلا للحق الشخصي ، فينبغي أن تتوافر لهذا الأداء أو العمل صفة مالية(١) ، بمعنى أن يكون في الامكان تقديره بالنقود ، حتى ولو كانت المصلحة التي يستهدفها صاحب الحق الشخصي من وراء هذا الأداء محض مصلحة أدبية أو معنوية(٢) • ومالية الأداء هي التي تؤدي إلى اعتبار الحق الشخصي حقا من الحقوق المالية ، والى تمييز الالتزام بصفته المالية عن مجرد الواجبات القانونية التي تفتقد الصفة المالية • وهي التي تؤدي كذلك الى دخول الحق الشخصي ضمن العناصر الايجابية للذمة المالية للدائن ، والى دخول الالتزام ضمن العناصر السلبية للذمة المالية للمدين •

والحق الشخصي ليس في واقع الأمر الا أحد وجهين لرابطة الاقتضاء •

---

(١) انظر في هذا المعنى بوجه خاص :

عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ١٩٥٤ ، ج ١ ، ص ٢٤ وما بعدها • - اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، ١٩٥٦ ، فقرة ٦ . ص ١٠ و١١ ، وهامش «٢» ص ١١ - ١٢ ، مصادر الالتزام ، العقد والارادة المنفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ٦ ، ص ١٥ و ١٦ • - سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج ١ ، في مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٦ ، ص ١٧ و ١٨ • - جلال العدوى ، أصول المعاملات ، ١٩٦٧ . ص ٤٣ •

وانظر كذلك :

Gaudemet, Théorie générale des obligations, éd. 1965, pp. 12-14. — Mazeaud, op. cit., t. II, No. 10.

ولكن قارن خاصة :

Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 5, pp. 8-10.

(٢) في هذا المعنى :

عبد الحي حجازي ، اسماعيل غانم ، المواضع السابقة •

فهذه الرابطة ، اذ تفترض وجود طرفين من الأشخاص يملك أحدهما اقتضاء أداء مالي معين ويلزم الآخر بالخضوع لهذا الاقتضاء ، انما تضع في يد الأول حقـا وتلقي على عاتق الثاني التزاما • فالحق الشخصي والالتزام وجهـان متقابلان لرابطة قانونية واحدة هي رابطة اقتضاء ، كل ما في الأمر أن الحق الشخصي هو وجهها الايجابي المتمثل في سلطة الاقتضاء المعطاة للـدائن ، والالتزام هو وجهها السلبي المتمثل في الالتزام المحمل به المدين • ولذلك يمكن أن تسمى هـذه الرابطة « رابطة اقتضاء » أو « رابطة التزام » ، ويستوى في التعبير عنها اطلاق اصطلاح « الحق الشخصي » أو اصطلاح « الالتزام » ، فالاصطلاح الأول انما يعبر عن هذه الرابطة من ناحية الدائن أى من ناحيـة الطرف المقتضى ، والاصطلاح الثاني انما يعبر عنهـا من ناحية المدين أى من ناحية الطرف الملتزم •

ومع ذلك ، فقد شاع في التشريع وفي الفقه النظر الى هـذه الرابطة أساسا من ناحية المدين لا من ناحية الدائن ، والتعبير عنها بالتالي بالالتزام لا بالحق الشخصي ، ولعل مرجع ذلك الى الرغبة في تأكيد أهمية الالتزام ، بما يعنيه من ايراد قيد خاص على حرية المدين ، وبما يمثله من عنصر سلبي في الذمة المالية للمدين •

وعلى أى حال ، فنظرية الالتزام التي يدرس تحتهـا الالتزام والحـق الشخصي تعتبر قطب الرحى في الدراسات القانونية جميعا • ومرجع ذلك أساسا الى أن روابط الاقتضاء أو الالتزام هي أكثر روابط القانون شيوعا في الحياة الاجتماعية ، ليس فحسب في محيط المعاملات المدنية المحض ، وانمـا كذلك في مجال باقي المعاملات الأخرى على اختلاف أنواعها •

المطلب الثالث

التفرقة بين الحق العيني وبين الحق الشخصي

٢٤٠ ـ التفرقة التقليدية بين الحقين

التفرقة بين الحق العيني من ناحية وبين الحق الشخصي أو حق الدائنية من ناحية أخرى تفرقة عريقة في الفقه • وتقوم هذه التفرقـة التقليـدية على

أساس أن الحق العيني يخول لصـــاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء المادية فلا يوجد فيه الا عنصران : شخص هو صـــاحب الحق ، وشيء هو محل الحق . بينما يخول الحق الشخصي أو حق الدائنية لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر معين بعمل أو بامتناع بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية ، بحيث يتوافر في هذا الحق عناصر ثلاثة : طرف ايجابي هو صاحب الحق أو الدائن ، وطرف سلبي هو المحمل قبله بالالتزام أو المدين ، ومحل هو العمل أو الامتناع الملتزم به الطرف السلبي .

٢٤١ ـ محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي

رغم أن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقة تقليدية مستقرة في الفقه ، الا أن ذلك لم يمنع جانبا من الفقه الحديث من جحدها ومحـــاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، على أساس القول بأن الحـــق العيني تتوافر له نفس الرابطة القانونية القائمة بين طرفين من الأشخاص والمســلم وجودها في الحق الشخصي ، وبذلك تجتمع في كل من الحقين نفس العنـــاصر الثلاثة : الطرف الايجابي والطرف السلبي والمحل .

ونقطة الابتداء عند أصحاب هذه المحاولة ، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي الكبير ، بلانيول ، **Planiol** (١) ، أن الروابط القانونيـــة لا يتصور قيامها الا بين الأشخاص وحدهم . ولما كانت الحقوق في منطقهم ليست الا روابط قانونية ، فمن المحتم اذن القول بأن الحق العيني ـ كالحـــق الشخصي سواء بسواء ـ يشتمل على رابطة قانونية بين الأشخاص خلافا للنظرة التقليدية ، أي يشتمل على طرف ايجابي من ناحية ، وطرف سلبي من ناحيـــة ثانية ، ومحل من ناحية ثالثة . كل ما في الأمر أن الطرف السلبي في الحق العيني لا يكون معينا نفس التعيين المتوافر في الحق الشخصي ، فهو ســـائر الأشخاص كافة غير الشخص المكون للطرف الايجابي ، ومضمون التزامهم يكون سلبيا محضا اذ يتركز في الامتناع عن التعرض للطرف الايجابي في تمتعه بالحق .

---

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert. No. 2158 et s.

وبذلك ينتهى منطق هـذا النظر الى تصور الحق العينى كرابطـة تقوم بين شخص معين والكافة ، بمقتضاه يلتزم الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لهذا الشخص من سلطة على شيء مادى معين ٠

وعلى هذا النحو ، لا يبقى من فرق ـ عند أهل هذا النظر ـ بين الحق العينى والحق الشخصى أو حق الدائنية ، سوى أن الطرف السلبى فى الحق الشخصى شخص أو أشخاص معينون ، بينما هو فى الحق العينى غير معين لانه يشمل الناس كافة دون تحديد ٠ وسوى أن التزام الطرف السلبى فى الحق العينى هو مجرد التزام سلبى قاصر على الامتناع عن التعرض للطرف الايجابى فى حقه ، بينما يكون فى الحق الشخصى التزاما محددا ، ايجابيا كان أم سلبيا ، أى بعمل أو بامتناع ٠ وتلك فروق ليست بذات بال عند أنصار هذا الاتجاه فى التقريب بين النوعين من الحقوق ، اذ هى فروق لاتكشف عن اختلاف فى الطبيعة بينهما وانما هى مجرد اختلاف فى المدى والنطاق ٠

٢٤٢ ـ الابقاء على التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

تلك هى محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى للجمع بينهما على أساس وجود رابطة بين الأشخاص فى كليهما ٠ وظاهر أن هـذه المحاولة صناعية ابتكرها أهل هذا النظر للتوفيق بين ما هو واقع فى العمل من وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق العينى وبين الشيء محل حقه دون حاجة لوجود أو تدخل شخص آخر ، وبين المقدمة التى يبدأون منها ويبنون عليها وهى أن الحقوق انما تعبر عن روابط قانونية والروابط القانونية لا تتصور الا بين الأشخاص ٠

وقد سبق عند التعرض لتعريف الحق أن أظهرنا ما فى اطلاق القول بحصر الروابط القانونية بين الأشخاص وحدهم من تجوز(١) ٠ فليس يصدق مثل هذا القول ـ فيما نرى ـ الا فى شأن نوع معين من الروابط القانونية هو

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٣٨ ٠

وانظر فى هذا المعنى :

Mazeaud, t. I, No. 166. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 56.

« روابط الاقتضاء » ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، اذ هذا النوع من الروابط وحده هو الذى يفترض وجود التزام معين واقع على عاتق طرف آخر يكون له اقتضاء الوفاء به ، والالتزام لا يتصور محملا به الا الأشخاص وحدهم • أما النوع الآخر من الروابط القانونية أى « روابط التسلط » ، فلا يتصور منطقا قيامه بين شخص وشخص وانما بين شخص وشيء ، لأن التسلط لا يتصور واقعا على الأشخاص بل على الأشياء وحدها •

والتشبث بالنظر الى الروابط القانونية نظرة واحدة على أساس أنها جميعا روابط أشخاص ، هو الذى أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ازاء الحق العينى الذى لا يظهر فيه الا صاحب ومحل دون حاجة لوجود شخص آخر كطرف سلبى ، فلم يجدوا مخرجا من هذا الحرج الا التحايل على الواقع باصطناع طرف سلبى وهمى فى هذا الحق ـ وهو الناس كافة ـ يقع عليه التزام سلبى بعدم التعرض لصاحب الحق العينى فى تمتعه بحقه •

ووجه التحايل والاصطناع فى هذا القول ظاهر واضح • فمثل هذا الالتزام السلبى العام المقول بوجوده فى الحق العينى على عاتق الناس كافة بعدم تعرضهم لصاحب الحق فى تمتعه بحقه ، ليس مقصورا على الحق العينى وحده بل هو قائم بالنسبة لكافة الحقوق بما فيها الحق الشخصى أو حق الدائنية(١)• فذلك أثر حتمى لوجود الحق ولاستناده الى القانون ، فهو فى الحقيقة مظهر حماية القانون للحق • والبصر بذلك يكشف عن أن مثل هذا الالتزام السلبى العام لا يدخل فى عناصر تكوين الحق بل هو تال لوجوده كوسيلة لحمايته ، فنشوء مثل هذا الالتزام اذن انما يفترض أولا نشوء الحق • فكيف يتأتى بعد ذلك النظر الى هذا الالتزام باعتباره عنصرا من العناصر المكونة للحق

---

(١) فالناس كافة ملزمون بعدم التعرض لصاحب الحق الشخصى فيما يكفله له القانون من قدرة اقتضاء أداء معين من شخص معين • فصاحب المصنع الذى يحرض عاملا يشتغل عند غيره على الاخلال بالتزامه التعاقدى قبل هذا الغير بترك العمل قبل انتهاء مدة العقد ليعمل عنده ، يخل بالالتزام السلبى العام المفروض على الكافة باحترام الحقوق أيا كان نوعها ، فيلزمه التعويض عما أحدثه فعله من ضرر للغير •

العينى ، ومقارنته بالالتزام الخاص الواقع على المدين فى الحق الشخصى أو حق الدائنية وهو الذى يعتبر عنصرا جوهريا من عناصر تكوينه بحيث لا يتصور قيام هذا الحق بدونه ؟(١) .

ولذلك فالالتزام الخاص وحده — دون الالتزام السلبى العام — هو الذى يصدق عليه اصطلاح « الالتزام » بالمعنى الفنى الدقيق . فالالتزام الخاص عنصر من عناصر الذمة المالية لأنه عنصر من عناصر حق مالى هو الحق الشخصى. أما الالتزام السلبى العام ، فلا يدخل ضمن عناصر الذمة المالية ، لأنه واجب مجرد من القيمة المالية . والالتزام الخاص — على خلاف الواجب السلبى العام المتوجه الى الكافة — يفترض قيدا خاصا يرد على حرية شخص أو أشخاص معينين ولا يرد على حرية الآخرين . وكذلك ففى الالتزام الخاص يكون شخص المدين محددا معينا وقت نشأة الالتزام ، بينما يكون شخص المدين فى هذا الواجب السلبى العام غير محدد أو معين وقت نشأته اذ يترك مجهلا ومعلقا على رؤوس الكافة(٢) . وكذلك فان مضمون الالتزام الخاص يحدد مضمون الحق المقابل له . أما مضمون الواجب السلبى العام ، فلا يحدد مضمونا لأى حق ، لأنه طالما لم يحصل اخلال بهذا الواجب فلا يقابله بعد أى حق من الحقوق . فالواجب السلبى العام الذى يمنع التعرض للمالك فى ملكه مثلا ، لا يحدد بحال من الأحوال مضمون حق الملكية — من استعمال واستغلال وتصرف — الذى يقال انه يقابله ، بينما يحدد الالتزام الخاص الواقع على المقترض برد مبلغ القرض فى الأجل المضروب مضمون حق المقرض فى اقتضاء هذا الرد ، اذ الحق هنا ليس الا الالتزام نفسه ولكن منظورا اليه من ناحية الدائن .

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant Voirin, t. IV, No. 56. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166. — Nôtre thèse précitée, p. 105, note 1.

(٢) واذا تبين هذا المدين بالاعتداء على حق من الحقوق كالحق العينى اخلالا بالواجب السلبى العام ، فان هذا الاعتداء ينشىء حينئذ حقا جديدا مستقلا عن الحق العينى المعتدى عليه ، هو حق دائنية لصاحب الحق المعتدى عليه قبل المعتدى .

لذلك كله ، يكون من العبث محاولة رد الحق العينى الى نوع من الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية على أساس وحدة وجود التزام فى كل منهما ، ما دام الالتزام لا يأخذ نفس المعنى والمدلول فى الحالين • فضلا عن أن الواجب السلبى العام الواقع على الكافة اذا كان موجودا فى الحق العينى وفى الحق الشخصى على السواء كغيرهما من الحقوق ، فيبقى أن الحق الشخصى ينفرد وحده بالاضافة الى ذلك بوجود التزام فيه بالمعنى الفنى الدقيق أى التزام شخص معين بأداء معين •

ولذلك لم يكتب الرواج فى الفقه الحديث لمحاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ، فظلت التفرقة التقليدية قائمة ثابتة بين الحقين •

والواقع أن هذه التفرقة التقليدية واجبة محتومة بين النوعين من الحقوق، اذ هما مختلفان اختلافا ظاهرا فى المحل : فمحل الحق العينى شىء من الأشياء المادية ، ومحل الحق الشخصى أداء معين أى عمل أو امتناع • وهذا الاختلاف فى المحل ، هو الذى يفسر اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التى يعبر عنها كلا النوعين من الحقوق • فما دام المحل فى الحق العينى شيئا من الأشياء فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن أن تكون الا رابطة تسلط مباشر من شخص على هذا الشىء دون حاجة الى وساطة شخص آخر ، بحيث لا يوجد فى هذا الحق الا طرف ايجابى ومحل دون وجود لطرف سلبى • وما دام المحل فى الحق الشخصى عملا من الأعمال ، فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن الا أن تكون رابطة اقتضاء لهذا العمل من شخص معين ، بحيث يحتاج الأمر دائما فى هذا النوع من الحق الى وساطة هذا الشخص لأداء ذلك العمل ، أى الى وجود طرف سلبى فضلا عن وجود الطرف الايجابى والمحل •

٢٤٣ - آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى(١)

أما وقد انتهينا الى ضرورة التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى أو حق الدائنية على أساس اختلاف المحل بينهما وما يجره من اختلاف طبيعة

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا فى حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ - ٥٢ •

الرابطة القانونية التي يعبر عنها كل منهما ، فلا يبقى الا عرض ما يترتب على هذه التفرقة من آثار متعددة نتيجة هذا الاختلاف ·

(١) الحق العيني حق مطلق (droit absolu) والحق الشخصي أو حق الدائنية حق نسبي (droit relatif) : ومعنى ذلك أن الحق العيني يحتج به وينتج أثره في مواجهة الكافة ، بينما لا ينتج الحق الشخصي أثره ولا يحتج به الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين · ومرد ذلك الى أن الحق العيني انما يكون رابطة تسلط ، فيخول بذلك لشخص معين سلطة قانونية على شيء من الأشياء أي يجعل له هذه السلطة مباشرة على الشيء دون حاجة الى وساطة أي شخص آخر ، فهي اذن سلطة مطلقة سارية ونافذة في حق الكافة ما دامت لا تتوقف على عمل أو تدخل من جانب أحد منهم ، بل تتوقف على مجرد وجود الشيء وحده اذ تقع عليه مباشرة · بينما يكون الحق الشخصي رابطة اقتضاء فيخول لشخص معين قدرة اقتضاء أداء معين من شخص آخر ، وهو ما يجعل تحقيق هذا الاقتضاء رهنا بتدخل شخص معين — فهو اذن اقتضاء قاصر أو نسبي — مما يسبغ على الحق الشخصي صفة نسبية بحيث لا ينتج أثره أو يحتج به الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين(١) ·

(٢) يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق التتبع (droit de suite) : قلنا ان الحق العيني انما يعطي لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء دون وساطة شخص آخر ، وهو بذلك يخلق رابطة مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن تسلطه على هذا الشيء وخضوع الشيء لهذا التسلط ، بحيث يظل هذا الخضوع قائما في أي يد يوجد هذا الشيء فيكون لصاحب الحق العيني تتبعه أينما كان · فمضمون هذا الحق هو التسلط على شيء من الأشياء ، وتحقيق هذا التسلط رهين بوجود هذا الشيء

---

(١) أنظر في اختلاف هذا المعنى للاطلاق والنسبية من حيث تحقق مضمون الحق وممارسة سلطاته عن معنى آخر للاطلاق من حيث مدى احترام الحق تشترك فيه الحقوق جميعاً : كتابنا سالف الذكر في حق الملكية ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ و ٤٢ ·

دون اعتبار لمكان وجوده أو شخص من يحوزه ، اذ هو مستقل فى وجوده عن أية رابطة بين الأشخاص ، فلا يتأثر بغيرهم ، فأينما يكون هذا الشىء يدركه صاحب الحق العينى بما له من تسلط مباشر عليه(١) ٠

أما الحق الشخصى أو حق الدئنية ، فلا يخول لصاحبه مثل هذا الحق فى التتبع لأنه ليس بالحق الوارد على شىء - كالحق العينى - حتى يلازم الشىء ويتتبعه فى أى يد يكون ، ولـكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التتبع فى شأن عمل من الأعمال ٠ بل ولا يتصور التتبع كذلك حتى ولو كان موضوع العمل الملتزم به المدين شيئا من الأشـياء ، اذ يظل محل حق الدائن رغم ذلك هو العمل لا الشىء ، فيكون الشىء بمنأى عن أى سلطان مباشر للدائن ٠ ولذلك ، لا يكون لمشترى عقار لم يسجل عقد البيع أن يتتبع هذا العقار تحت يد مشتر جديد له قام باجراءات التسجيل ، اذ ليس له قبل التسجيل الا مجرد حق شخصى قبل البائع يتلخص فى قدرة اقتضائه نقـل ملكية العقار المبيع اليه ، دون أن تكون له فضلا عن ذلك أية سلطة قانونية مباشرة على هذا المبيع تخول له حق تتبعه فى أى يد وجد ٠

يخلص من ذلك أن الحق العينى هو الذى ينفرد دون الحق الشخصى بميزة تتبع الشىء فى أى يد وجد(٢) ٠ وهذه الميزة ليست قاصرة على نوع معين من الحقوق العينية دون نوع آخر ، فهى ميزة تقتضيها طبيعة الحق العينى ذاته ، بحيث نجدها ملازمة للحقوق العينية جميعـا الأصلية والتبعية منهـا على السواء(٣) ٠ ولذلك يكون للمالك تتبع الشىء المملوك اذا خرج من تحت يده ،

---

(١) فى هذا المعنى :
Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 78.

(٢) انظر عكس ذلك :
Chauveau, article précité, No. 19.

(٣) فى هذا المعنى :
Derruppé, thèse précitée, Nos. 181-184. — Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 73, 74. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 45.

اسماعيل غانم ، ص ٣١ و ٣٢ ٠ ــ محمد على عرفة ، شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤ ، ص ٧ و ٨ ٠

واسترداده من أى شخص يكون حائزا له • وكذلك يكون للدائن المرتهن رهنا رسميا تتبع العقار المرهون اذا خرج من ملك مدينه ومباشرة حقه عليه بين يدى المالك الجديد أو الحائز •

(٣) يخول الحق العينى دون الحق الشخصى ميزة أو حق الأفضلية (droit de préférence) : قلنا ان الحق العينى ينشىء رابطة قانونية مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشىء محل الحق ، بحيث يستأثر صاحب الحق العينى وحده ـ بمقتضى هذه الرابطة ـ بسلطاته على الشىء كاملة لا يزاحمه فيها أحد • وما يخوله الحق العينى لصاحبه من استبعاد كل مزاحم له فى ممارسة سلطاته على هذا النحو هو الذى يعبر عنه بميزة أو حق الأفضلية • وتلك ميزة ضخمة تؤكد الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العينى ومحله ، وتبقى هذا المحل كله دون انتقاص خاضعا لسلطان صاحب الحق وحده دون منازع •

أما الحق الشخصى أو حق الدائنية ، فباعتباره لا ينصب على شىء معين من أشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن بل يرد على مجرد عمل ايجابى أو سلبى يلتزم بأدائه المدين ، يكون الوفاء به مضمونا بالجانب الايجابى من ذمة المدين كما سيرد البيان • وذلك قد يضمر مخاطر جسيمة يتعرض لها الدائنون اذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ديونهم ، اذ لا مناص حينئذ ـ وهم مشتركون متساوون بطبيعة حقوقهم فى هذا الضمان العام ـ من اقتسام أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء أى بنسبة ديونهم • فالحقوق الشخصية اذن تعرض أصحابها لخطر التزاحم فيما بينهم والخروج بوفاء منقوص •

ولهذا فان الحقوق العينية لا تتزاحم مع الحقوق الشخصية[١] ، اذ أن

= ولكن انظر عكس ذلك :
Bonnecase, op. cit., t. V, No. 165.
شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، فقرة ١٥ •

(١) ولا تتزاحم الحقوق العينية فيما بينها ، لأنها اذا اجتمعت على نفس الشىء وكانت من نفس النوع ، قام أوجه التفاضل بينها كالأسبقية فى مرتبة القيد أو الشهر أو الحيازة فى المنقول •

حق الأفضلية الذى تتميز به يجنبها مثل هذا التزاحم : من أجل ذلك تولدت فكرة تأمين الوفاء بالحقوق الشخصية عن طريق اردافها بحقوق عينية تبعية تُنشىء للدائنين من أصحابها سلطات مباشرة على أشياء معينة مملوكة للمدين ، بحيث تعتبر هذه الأشياء ضمانا يستوفون من قيمتها ديونهم بالأولوية والأفضلية على سائر الدائنين العاديين. فالدائن الذى يرتهن عقارا لمدينه ضمانا لدينه ، يكون مقدما فى اقتضاء هذا الدين من قيمة العقار المرهون على كل دائن عادى غير مزود بحق عينى تبعى ·

ولئن كانت ميزة الأفضلية تبدو أوضح ما تكون فى صدد الحقوق العينية التبعية مما حدا بنفر من الفقهاء الى قصر هذه الميزة على هذا النوع من الحقوق العينية وحده(١) ، الا أن النظرة الصحيحة الى حقيقة هذه الميزة وارتباطها بطبيعة الحق العينى ذاته تجعلنا نذهب مذهب الكثير من الفقهاء(٢) فى تصور هذه الميزة ملازمة للحقوق العينية التبعية والأصلية على السواء ·

(٤) قصور ارادة الأفراد عن ابتداع حقوق عينية غير تلك التى يعينها القانون ، وقدرتها على ذلك فى الحقوق الشخصية : هذه النتيجة التى جرى جمهور الفقهاء فى القديم والحديث على اعتبارها بعض آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، قد ناهضها مع ذلك بعض الفقهاء بدعوى أن مبدأ سلطان الارادة يقضى بعدم قصر نطاقه على الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية ، اذ ما دامت الارادة ملتزمة حدود النظام العام والآداب فهى قادرة على ابتداع ما تشاء من حقوق عينية وحقوق شخصيه على السواء ·

ولكن هذا الرأى(٣) يغفل أن الحقوق العينية ذاتها متعلقة بالنظام العام،

---

(١) Bonnecase, Ibid. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 45.
شفيق شحاته ، فقرة ١٥ ، ص ٢٨ ·

(٢) Derruppé, thèse précitée, Nos. 202-204. — Beudant et Voirin, op. cit., No. 79

اسماعيل غانم . هامش «٢» ص ٣٢ · — محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤ ، ص ٨ و ٩ ·

(٣) أنظر فى انتقاد هذا الرأى : كتابنا سالف الذكر فى أحكام حق الملكية ، ج ١ ، ص ٤٨ — ٥٠ ·

بحيث لا يتصور أن يوجد مجال لسلطان ارادة الأفراد ازاءها ٠

فمن ناحية ، تعتبر الملكية - وهي أساس الحقوق العينية الأصلية - من الدعامات الرئيسية التي يقوم عليها بناء المجتمع الاقتصادى ، فتكون من هذا الوجه متعلقة بالنظام العام ٠ أما بقية الحقوق العينية الأصلية ، فلا تعدو أن تكون قيودا واردة على حق الملكية باعتبارها تجزئة واقتطاعا مما يخوله هذا الحق للمالك من سلطات واسعة في الاستعمال والاستغلال والتصرف ، ومن هنا ، يكون الشأن في تقرير مثل هذه القيود من اختصاص المشرع وحده لمساسها مساسا خطيرا بحق الملكية وهو من النظام العام كما سبق البيان ٠ فلا يكون لارادة الأفراد سلطان في التخلص من بعض هذه القيود أو اضافة قيود أخرى اليها تحت ستار انشاء حقوق عينية أصلية جديدة ، والا تعرض الكيان الاقتصادى للمجتمع للانهيار(١) ٠

ومن ناحية أخرى ، فان الحقوق العينية التبعية - وهي تمثل فكرة الائتمان والضمان في المعاملات - تعتبر في الصميم كذلك من النظام العام لاتصالها الوثيق بنظام المجتمع الاقتصادى ٠ ولذلك يكون من الطبيعي أن ينفرد المشرع دون الأفراد بتقرير هذه الحقوق وتنظيمها التنظيم المتفق مع صالح المجتمع الاقتصادى(٢) ٠

(٥) ينبغي أن يكون الشيء في الحق العيني - دون الحق الشخصي - حالا ومعينا بالذات : ما دام الحق العيني يتضمن رابطة بين شخص وشيء تخول للشخص تسلطا قانونيا مباشرا على الشيء ، فلا يتصور اذن وجود الحق العيني الا بوجود محله وجودا حالا لا مستقبلا ، فبدون وجود الشيء وجودا محققا لا يتصور قيام الحق العيني ٠ ولا يكفي لقيام الحق العيني وجود الشيء

---

(١) في هذا المعنى :
Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 70.
اسماعيل غانم ، ص ٤٦ و ٤٧ ٠ - شفيق شحاته ، فقرة ١٦ ٠
(٢) في هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، ص ٤٧ ٠

وجودا محققا ، بل ينبغى فضلا عن ذلك أن يكون هذا الشيء معينا بالذات ، اذ لابد أن يتحدد المحل الذى يقع عليه التسلط مباشرة تحديدا يعينه ويعزله عن غيره ، وهذا ما يتطلبه القانون المصرى صراحة(١) .

أما الحق الشخصى ، فلكون محله عملا من الأعمال لا شيئا من الأشياء لأنه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط ، فان من المتصور وجود هذا الحق حتى ولو كان محله ـ وهو العمل ـ متعلقا بشيء من الأشياء المستقبلة أو من الأشياء المعينة بالنوع لا بالذات . ولذلك يقضى القانون المصرى بأنه يجوز ـ كقاعدة عامة ـ أن يكون موضوع المحل شيئا مستقبلا (م ١٣١/١ مدنى) .

ولكن تم استثناءات ترد على هذه القاعدة . منها ما هو خاص بالتعامل فى التركة المستقبلة أى فى تركة انسان على قيد الحياة من قبـــل الوارث المستقبل فهو تعامل باطل ولو كان برضاء الشخص المتعامل فى تركته أى المورث المستقبل (م ١٣١/٢ مدنى) . ومنها ما هو خاص بحظر هبة الأموال المستقبلة (م ٤٩٢ مدنى) .

---

(١) اذ ينص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقـــاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (م ٢٠٤ مدنى) ، وعلى أنه « اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شيء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيء » (م ٢٠٥/١ مدنى) .

المبحث الثالث

الحقوق الذهنية(١)

Les droits intellectuels

٢٤٤ - ظهور طائفة الحقوق الذهنية ، وتصدى التشريعات الحديثة لتنظيم احكامها

كان الفقه التقليدى جاريا على حصر الحقوق فى الأنواع المتقدمة · غير أن التطور لم يلبث أن أظهر حقوقا ترد على نتاج الفكر والذهن لا تقل أهمية عن الحقوق التقليدية ، فاحتار الفقه فى تكييفها وفى موضعها بين الحقوق وفقا لمقاييسه التقليدية حيرة بانت فى الاختلاف حتى على تسميتها ، فعرفت تارة باسم « الملكة الأدبية أو الفنية أو الصناعية » ، وعرفت حينا باسم « الحقوق المعنوية أو الأدبية » ، وعرفت أخيرا باسم « الحقوق الذهنية » ·

ويبدو أن التسمية الأخيرة هى التى كتب لها الشيوع والرواج فى الفقه الحديث ، باعتبارها أقدر من غيرها على تجلية طبيعة هذه الحقوق التى ترد على خلق ذهنى · فالمقصود بالحقوق الذهنية ذلك النوع من الحقوق الذى يرد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر ، فيثبت لصاحب الحق الذهنى أو الفكرى أبوة هذا الخلق ونسبته اليه وحده ، ويعطيه احتكار استغلاله استغلالا ماليا يكفل له الحصول على ثمراته · ومن أظهر أمثلة الحقوق الذهنية حق المؤلف بالمعنى الواسع ، أى حق الكاتب وحق المخترع

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Olangier, Le droit d'auteur, 2 vol., 1934. — Desbois, Le droit d'auteur, 1950. — Roubier, Le droit de la propriété induetrielle, t. I, 1952.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٢٧١ - ٣٩٧ - كتابنا أصول القانون ، فقرات ٢٥٣ - ٢٥٩ ، ص ٦٣١ - ٦٦٤ · - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، ١٩٦٨ ، فقرات ١٦٤ - ٢٩٠ ، ص ٢٧٤ - ٤٧٦ ·

وحق الملحن وحق الفنان ـ رساما كان أو مصورا أو مثالا ـ فى أبوة واستغلال ما ابتكروه من أفكار أو اكتشافات أو ألحان أو لوحات أو صور أو تماثيل ٠ ولكن يعتبر كذلك من الحقوق الذهنية فى معناها الواسع ، الحقـــوق الواردة على مقومات « المحـــل التجارى » المعنوية من اسم تجـــارى وعلامة تجارية وسمعة وثقة عملاء والتى أصبح الاصطلاح جاريا على تسميتها باسم « الحقوق المتعلقة بالعملاء » droits de clientèle ٠

وقد عنيت القوانين الداخلية لأغلب الدول الحديثة بتنظيم هـذه الحقوق بمعناها الواسع ٠ بل أن الضرورة لم تلبث أن دعت الى عقد اتفاقات دولية متعددة بقصد توحيد القواعد بشأنها وتنظيم حماية متبادلة من جانب كل دولة موقعة على هذه الاتفاقات ٠ فأبرمت فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ اتفـــاقية برن الخاصة بتنظيم حماية حقوق المؤلفين ٠ وقد تناولها التعديل عـدة مرات فى مؤتمرات عقدت خصيصا لذلك ، كان آخرها مؤتمر بروكســل المنعقـد سنة ١٩٤٨ ٠ وكذلك أبرمت فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ اتفاقيـة باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم ونمـاذج صناعية ، وتناولها التعديل كذلك أكثر من مرة ٠

أما فى **القانون المصرى** ، فقد تأخر التدخل التشريعى(١) لتنظيم مختلف هذه الحقوق وكفالة حماية فعالة لها ٠ اذ كانت بداية هـذا التدخل صـــدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ لحماية الحقوق المتعلقـة بالعـــلامات والبيانات التجارية ٠ ثم تلاه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخـاص ببيع المحال التجارية ورهنهـــا الذى يتضمن نصوصا خاصـة بمقومات المحل التجارى المعنوية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقـــانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بانضمام مصر الى اتفـــاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية . ثم أصدر المشرع القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف ، وقد تم أخيرا تعديل بعض أحكام هذا القانون بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢.

(١) ولكن القضاء المصرى لم ينكل حينئذ عن اصطناع الحماية القانونية الواجبة فى هـذا الشأن ، مستهديا فى ذلك بمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة (أنظر كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «٢» ص ٥٣٠) ٠ ولكنها كانت حماية قاصرة محدودة أمام انعدام النص ٠

ـ ويعنينا فى شأن تبين معيار وطبيعة الحقوق الواردة على أشياء غير مادية ومكانها بين الحقوق ، أن نقتصر منها على الحقوق الذهنية بالمعنى الدقيق وهى حقوق المؤلف . ذلك ان غيرها من الحقوق المتعلقة بالعمــلاء والخاصة ببراءات الاختراع والرســوم والنماذج الصناعيــة والعــلامات والبيانات التجارية ومقومات المحل التجــارى المعنوية ، لها ما يميزها من صفتهــا التجــارية والاقتصادية من ناحية ، وأن حقوق المؤلف ، من ناحية ثانية ، هى التى تتبدى فيها بجلاء الطبيعة الخاصة بالحقوق الذهنية الواردة على خلق فكرى معين فيما يتعلق أساسا بالناحية المعنوية(١) والتى تختلف اختلافا بينا ـ كما سنرى ـ عن طبيعة الحقوق العينية .

٢٤٥ ـ معيار الحقوق الذهنية

اذا كان القانون يشمل الحقوق الذهنية بحمايته ، فيجب الوقوف عـلى معيار هذه الحقوق لتحديد أصحابها المستفيدين من هذه الحماية وهم من يتوافر فيهم وصف « المؤلف » . والواقع أن المقصود بالمؤلف معنى أوسع بكثـير من مجرد المعنى الضيق له المنحصر فى كل شخص يعبر عن آرائه ويبسطهـــا فى كتاب ، فهو يعنى كل شخص ينتج انتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه وطريقة التعبير عنه ما دام هــذا الانتاج أو الخلق ينطوى على قدر معــين من الابتكار . ولذلك فعنصر الابتكار هو المعيار الأساسى للحقوق الذهنية أو حقوق المؤلف . وهذا ما عناه المشرع المصرى فى قانون « حماية حق المؤلف » بنصه على أنه « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة » (م ١/١) .

وليس المقصود بالابتكار هو اختراع أفكار وآراء غير معروفة من قبل ـ فالأفكار والآراء كثيرا ما تكون مطروقة معروفة ومتداولة بين الناس على اختلاف الزمان والمكان ـ وانما المقصود بالابتكار أن يتميز الانتــــاج الفــكرى أو الخلق الذهنى بطابع معين يبرز شخصية معينة لصاحبه(٢) ، سواء فى جوهر

---

(١) انظر بخاصة ، فيما يميز حقوق المؤلف عن الحقوق المتعلقة بالعملاء من خصائص ذاتية:
Desbois, op. cit., No. 262.

(٢) راجع فى ذلك بخاصة :
Desbois, op. cit., Nos. 5 et s.

الفكرة المعروضة ، أو فى مجرد طريقة العـرض أو التعبـير أو الترتيب أو التبويب أو الأسلوب .

وعلى ذلك ينبغى اعتبار المترجم الذى يقوم بترجمة مصنف من المصنفات من لغته الأصلية الى لغة أخرى مؤلفا بالمعنى المقصود بالحماية القانونية(١) ، ما دامت ترجمته لهذا المصنف تبرز شخصيته الخاصة فى تخير اللفظ وتماسك الأسلوب والتصرف فى التعبير بما يوافق المعنى الأصـلى اذا كان من شـأن الترجمه الحرفية للألفاظ تشويه هذا المعنى أو تحريفه . ومن باب أولى ينبغى أن تشمل الحماية من يبذل - فى سبيل نقل مصنف الى لغـة أخرى - جهدا أكبر من مجرد الترجمـة سواء كان ذلك بتلخيصه أو التصرف فى عرضـه أو التعليق على مضمونه ، اذ فى ذلك كله ابتكار معين يستحق حماية القانون. وقد أحسن المشرع المصرى برفع كل شك قد يثور فى شأن المصنفات المترجمة وما يشابهها ، فنص على شمولها بالحماية الواجبة (م ١/٣ من قانون حماية حق المؤلف) .

وينبغى كذلك بسط الحماية القانونية على ما يقوم به بعض الأفراد من تجميع معين لمختارات من الشعر أو النثر أو الموسيقى ، أو من تجميع للأحكام القضائية أو القوانين أو اللوائح المعمول بها ، اذا كان هذا التجميع لا يقتصر جهد الجامع فيه على مجرد عمل مادى آلى بل يتميز بما يكشف عن ابتكـاره أو جهده الشخصى ، فيتميز بذوق معين فى اختيار مجموعات الآداب أو الفنون أو بترتيب معين لعرض الأحكام أو القوانين أو اللوائح أو بتمهيد لها أو تعليق أو تعقيب عليها (م ٤/فقرة أخيرة)(٢) .

ومتى توافر عنصر الابتكار فى الانتاج أو الخلق الذهنى على هذا النحو ، اعتبر صاحبه مؤلفـا يتمتع بحماية القانون ، عن طريق الاعتراف له - على

---

(١) انظر فى ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 22-24.

(٢) انظر كذلك فى نفس المعنى .
Desbois, op. cit., No. 56.

انتاجه أو خلقه — بحق معنوى وحق مالى على السواء[1] ، وذلك أيا كان نوع هذا الانتاج أو الخلق الذهنى ، وأيا كانت قيمته من الناحية الأدبية أو العلمية أو الفنية[2] ، وأيا كانت طريقة التعبير عنه بالكتابة أو الالقاء أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة (م ١/١ و ٢) .

٢٤٦ - أصحاب الحقوق الذهنية

اذا كان معيار الحق الذهنى هو الابتكار كما رأينا ، وكان صاحبه أو المؤلف بالتالى هو المبتكر ، فواضح أن تحديد المؤلف صاحب هذا الحق يكون يسيرا اذا كان فردا واحدا . ويستخلص المشرع من نشر المصنف منسوبا الى شخص معين — سواء بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى — قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف صاحب الحق الذهنى عليه ، وان كانت هذه القرينة غير قاطعة يجوز اقامة الدليل على عكسها (م ٢/١) . فاذا أقيم مثل هذا الدليل وتعين المؤلف الحقيقى المستتر ، ثبت له وحده دون المؤلف الظاهر المسمى صفة المؤلف وسلطات الحق الذهنى .

ولكن تحديد صفة المؤلف وتعيين من له مباشرة سلطات الحق الذهنى ، يحتاج الى بعض الدقة فى صورتى المصنف المشترك والمصنف الجماعى .

(١) **المصنف المشترك**[3] : هو الذى يتعاون على اخراجه ويشترك فى ابتكاره أكثر من شخص واحد . وهنا يكون من الطبيعى اسناد الحق الذهنى الى كل المشتركين . ولكن من الواضح أن اشتراكهم فى ابتكار معين لابد أن يلقى على عاتقهم التزامات متبادلة تقيد من قدرة مباشرة كل منهم على حدة

---

(١) يعزز المشرع هذه الحماية المدنية بفرض جزاءات على الاعتداء على حقوق المؤلف (م ٤٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 50, 52, 53.

(٣) راجع فى ذلك بخاصة :
Desbois, op. cit., Nos. 170 et s.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩١ . — عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرات ١٩٥ — ٢٠٣ ص ٣٣٤ — ٣٥٦ .

سلطات هذا الحق •

١ ـ فاذا كان اشتراكهم اشتراكا مختلطا لا يتميز فيه نصيب كل منهم في العمل المشترك ولا يمكن فصله عن نصيب الآخرين ،اعتبروا جميعا أصحاب الحق الذهني على المصنف المشترك ، واعتبر اشتراكهم فيه في الأصل بالتساوي ، بحيث يجب توافر اجماعهم لمباشرة سلطات الحق الذهني والا تولى القضاء الفصل فيما يقع بينهم من خلاف (م ٢٥) • وواضح أن اعتبار المشتركين جميعا أصحاب الحق الذهني بالتساوي ، مرجعه تعذر تحديد نصيب كل منهم ـ عند عدم الاتفاق ـ لاستحالة فصله وتمييزه ، وهو ما يوجب كذلك عدم تغليب بعضهم على البعض الآخر في مباشرة سلطات هذا الحق ورهن هذه المباشرة باتفاقهم الاجماعي •

٢ ـ أما اذا كان اشتراك كل منهم يندرج تحت نوع مختلف من الفن أو العلم مما يتيح تمييز نصيب كل منهم وفصله عن نصيب الآخرين ،فواضح أنه يجب الاعتراف لكل منهم على حدة بحقه الذهني على نصيبه المتميز ، بحيث يكون له في الأصل ـ الا اذا وجد اتفاق مخالف ـ الحق في الانفراد باستغلال الجزء الذي ساهم به على حدة • ولكن مباشرة حقه على هذا الجزء باستغلاله خاصة ، لابد وأن تتقيد باحترام المصنف المشترك والغاية المشتركة من ابتكاره واخراجه على هذا النحو الذي تتآزر فيه جهود المؤلفين المشتركين، ولذلك يجب أن لا يكون من شأن استغلال هذا الجزء منفصلا الاضرار باستغلال المصنف المشترك (م ٢٦) •

والأصل أن ثبوت الحق الذهني لكل من المؤلفين المشتركين على الجزء المتميز الذي ساهم به في المصنف لا يعطيه حقا استئثاريا على المصنف المشترك في مجموعه ، بل يثبت الحق الذهني على مجموع هذا المصنف لجميع الشركاء دون تمييز أو تفضيل مما يتطلب اتفاقهم الاجماعي في شأن مباشرة سلطات هذا الحق على هذا المجموع • ومع ذلك ، فلا يلتزم المشرع دائما هذا الأصل ، بل يخرج عليه في بعض الحالات ، فيمكن مؤلف الشطر الأساسي فيها من الانفراد بمباشرة الحق الذهني على مجموع المصنف المشترك دون حاجة الى

موافقة مؤلف الشطر الثانى (م ٢٩ و ٣٠ و ٣٢) (١) ٠

(٢) **المصنف الجماعى(٢)** : هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العـــام الذى قصد اليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حــدة (م ١/٢٧) ٠ فلا يكفى ، لاعتبار المصنف جماعيا ، تضافر جهود جماعة من الأفراد على وضع مصنف ما ، والا وجب اعتباره مصنفا مشتركا ٠ بل ينبغى - فضلا عن ذلك - أن يكون وضعهم لهذا المصنف بأمر أو توجيه شخص آخر طبيعى أو معنوى بحيث يتم وضعه فى الأصل لحسابه ويندمج عمل المساهمين فى وضعه فيما يقصد اليه هذا الشخص بذلك من هدف ، وأن لا يمكن تمييز نصيب كل مساهم وقدر اسهامه فى هذا المصنف عن نصيب الباقين ٠ ومن أمثلة المصنفات الجماعية المصنفات التى توجه الدولة الى وضعهـــا تحقيقـا لغرض معين نفرا من موظفيها أو غيرهم من المتخصصين فى علم أو فن معين ، بحيث ينشر باسمها لا باسمهم ويستحيل تمييز نصيب كل منهم على حدة ٠

والأصل أنه ينبغى الاعتراف بوصف المؤلف صاحب الحق الذهنى للأفراد الذين تآزروا على وضع المصنف وحدهم لأنه من خلقهم وابتكارهم ، لا للشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجههم الى وضعه دون أن يقدم فى ذلك أية مساهمة فكرية أو ذهنية ٠ بل انهم لا يملكون النزول له عـــن حقوقهم المعنوية فى الابتكار(٣) وفى أبوة المصنف نظرا لاتصالها الوثيق بشخصيتهم وخروجـها بالتالى عن دائرة التعـــامل ٠ ورغم ذلك فقد خرج المشرع المصرى على هـــذا الأصـــل واعترف بوصف المؤلف لمن وجه الى وضـــع المصنف الجماعى لا لمن قاموا فعلا بوضعه وابتكاره (م ٢/٢٧) ٠ ويجب أن يؤخذ هذا الحـــكم على

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤١ و ٦٤٢ ٠

(٢) راجع فى ذلك خاصة :
Desbois, op. cit., Nos. 153-168.
محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩٢ ٠

(٣) ولكنهم يملكون على العكس النزول له عن حقوقهم المالية فى احتكار استغلال المصنف ←

أنه استثناء محض مقام على أساس الافتراض ، بقصد تفـــادى ما ينشأ من صعوبات عن تدخل المؤلفين الحقيقيين الأصليين مما قد يتهدد الهدف المقصود من التوجيه الى وضع مثل هذا المصنف الجماعى(١) . ولكن يظل الشك محيطا بقيمة هذا الافتراض كوسيلة لحماية هذا الهدف(٢) .

٢٤٧ ـ طبيعة الحقوق الذهنية

ذهب الفقه والقضاء أول الأمر الى تكييف الحقوق الذهنيـــة باعتبارها حقوقا عينية والى وصفها بأنها حقوق ملكية أشياء معنوية على نســـق ملكية الأشياء المادية . ولكن مثل هذا التكييف ما لبث أن انتقد انتقادا شديدا فى الفقه : فهو من ناحية : يخرج اصطلاح « الملكية » عن مدلوله الفنى التقليـــدى كحق يرد على الأشياء المادية وحدها . وهو ، من ناحية ثانية ، يتعارض مـــع خصيصة التأبيد والدوام الملازمة لحق الملكية ، ذلك أن احتكار الاستغلال الذى تخوله الحقوق الواردة على خلق ذهنى أو فكرى انما هو احتكار مؤقت بمـــدة معلومة يحددها القانون . وهو أخيرا لا يتفق مع الطبيعة المالية الخالصة الثابتة لحق ملكية الأشياء المادية ، ففى الحقوق الذهنية جانب معنوى غير مالى يتصـــل أوثق الاتصال بشخصية صاحب الخلق أو النتـــاج الفـكرى مما ينعكس أثره انعكاسا ظاهرا على استغلال هذا الخلق أو النتاج استغلالا ماليا(٣) .

من أجل ذلك ، انصرف الفقه المعاصر فى مجموعه عن تكييف الحقـــوق الذهنية بأنها حقوق ملكية(٤) ، واتجه الى تكييفها بأنها حقوق من نوع خاص

---

(١) فى هذا المعنى : Desbois, op. cit., No. 168.

(٢) كتابنا سالف الذكر ص ٦٤٤ ، وأنظر كذلك فى انتقاد هذا النص :
محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ، فقرة ٣٩٢ ، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ .

(٣) أنظر ، بصفة خاصة ، فى بسط الانتقادات التى ترد على تكييف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية :
Desbois op. cit., Nos. 232, 236. — Roubier, op. cit., t. I, No. 21.

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :
Desbois; Roubier; ibid. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 574. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 161.
محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٧٦ . ـ عبد المنعم البدراوى ، فقره =

ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين حقين مختلفين : حق معنوى يعبر عن أبوة صاحبه لخلقه ونتاجه الفكرى ، وحق مالى يعبر عن احتكاره استغلال هذا الخلق والنتاج استغلالا ماليا .

ونجد صدى هذا التطور الفقهى فى تكييف الحقوق الذهنية واضحا فى القانون المصرى ، فبعد أن كان التقنين المدنى القديم يحتسبها من حقوق الملكية بنصه صراحة على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته حسب القانون الخاص بذلك » ، اكتفى التقنين المدنى الحالى بالنص على أن « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . وبذلك أظهر المشرع المصرى بجلاء اعراضه عن التكييف القديم للحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية أشياء معنوية . ثم جاء القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف . فأفصح بجلاء عن طبيعته المزدوجة وما تعطيه للمؤلف من حق معنوي وحق مالي على السواء. وقد عدلت بعض أحكام هذا القانون أخيرا بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

من أجل ذلك ينبغى أن نعرض لكل من هذين الحقين ومدى الارتباط القائم بينهما حتى يتأكد بذلك ما سبق أن ذكرناه من اختلاف طبيعة الحقوق الذهنية عن طبيعة الحقوق العينية عموما وحق الملكية خصوصا اختلافا كبيرا لا يدع مجالا للخلط بينهما .

٢٤٨ - الحق المعنوى

يعبر هذا الحق عن الصلة الوثيقة القائمة بين النتاج الفكرى أو الخلق الذهنى وبين شخص خالقه ومبتكره أو بين المصنف وبين مؤلفه . ولذلك يخول هذا الحق للمؤلف سلطات متعددة تؤكد أبوته على مصنفه وتكفل احترام هذا المصنف بوصفه امتدادا لشخصيته . وهذه السلطات هى الآتية :

= ٣٣٧ . - عبد الرزاق السنهورى . الوسيط ، ج ٨ ، ص ٢٧٨ - ٢٨١ .
ولكن أنظر عكس ذلك .

Bonnecase, op. cit., t. V, No. 388 — Chauveau, article précité, pp. 561, 562.

اسماعيل غانم ، ص ٧٠ و ٧١ .

(١) سلطة النشر(١) : يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة تقديرية بشأن نشر مصنفه (م ١/٥) ، ذلك أن هذا المصنف ليس الا جانبا من جوانب شخصيته هو الجانب الذهنى أو الفكرى ، فيكون هو صاحب السلطة فى تقدير مدى صلاحية هذا الجانب للنشر . وبمقتضى هذه السلطة التقديرية يكون للمؤلف الحق فى الامتناع عن اخراج مصنفه وتقديمه الى الجمهور اذا وجدت اعتبارات أو مبررات تدعوه الى ذلك ، بأن قدر ضرورة هذا الامتناع للمحافظة على سمعته الأدبية أو الفنية أو العلمية اذا لم يكن راضيا عن انتاجه الفكرى .

واذا استعمل المؤلف سلطته التقديرية فقام بنشر مصنفه أو تقديمه الى الجمهور ، فالأصل انه لا يجوز للغير - دون اذن من المؤلف ودون تعويضه - أن يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر أو التقديم ولو بطريقة أخرى . ورغم ذلك ، يخرج المشرع على هذا الأصل فى بعض الحالات ، فيجيز فيها تكرار النشر أو تقديمه بطريقة أخرى دون اذن من المؤلف(٢) مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من « تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى »(٣) .

(٢) سلطة تعيين نسب المصنف(٤) : يعطى الحق المعنوى للمؤلف

---

(١) أنظر فى ذلك بخاصة : Desbois, op. cit., Nos. 530 et s.

(٢) ومن قبيل ذلك الآثار التى تلقى فى اجتماعات أو جلسات علنية عامة كالخطب فى المجالس النيابية أو المرافعات فى المحاكم (م ١٥) . وكذلك لا يحتاج الى اذن من المؤلف : التحليلات والاقتباسات المأخوذة من المصنف بقصد النقد أو المناقشة أو الاخبار ، ما دامت تشير الى المصنف والى اسم المؤلف اذا كان معروفا (م ١٣) ، وايقاع المصنف أو تمثيله أو القاؤه فى اجتماع عائلى أو جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، ما دام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى (م ١/١١) . وكذلك أجاز المشرع المصرى للهيئات الرسمية المنوط بها الاذاعة اللاسلكية الحق فى اذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر دون اذن مؤلفيها أو موافقة أصحاب هذه الأماكن ، ولكن بشرط اذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه أو لمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف (م ٢/٣٥) .

(٣) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعية ، يونية ١٩٥٤ ، ص ١٣٢٤ .

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :
Desbois, op. cit., Nos. 591-608.

السلطة فى أن ينسب مصنفه اليه وحده بأن يقوم بنشره أو عرضه أو تقديمه للجمهور حاملا اسمه ، والسلطة فى دفع أى اعتداء على حقه فى ذلك (م ١/١٩) • وله كذلك أن ينشره باسم مستعار يختاره لنفسه ان أملت عليه اعتبارات خاصة عدم الكشف عن شخصيته الحقيقية ، بل ويكون له الحق — اذا أراد — فى نشره غير حامل لاى اسم • ورغم تمام النشر أو العرض باسم مستعار أو بدون اسم ، يظل المؤلف محتفظا دائما بحقه فى الكشف عن أبوته الفكرية وانتساب مصنفه اليه فى أى وقت يشاء ، فهو حق متصل بشخصيته لا يسقط بالنزول عنه أو عدم استعماله مهما طالت المدة على ذلك •

(٣) **سلطة التعديل** : يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة ادخال أية تعديلات أو تغييرات فى مصنفه (م ١/٧) ، يراها ضرورية لتحسينه والكمال به أو جعله موافقا لتغير الزمن وتطور الفكر وتقدم العلم ، ويعطيه كذلك سلطة الاعتراض ومنع أى تحريف أو تغيير أو تعديل يصيب مصنفه — دون اذن منه — عند نشره أو عرضه (م ١/٩)(١) ، بما له من حق الأبوة على هذا المصنف الذى يمثل شخصيته الفكرية وسمعته الأدبية أو العلمية أو الفنية •

(٤) **سلطة السحب** : يعطى الحق المعنوى للمؤلف أخيرا السلطة فى سحب مصنفه من التداول ووقف نشره أو عرضه أو اذاعته (droit de repentir) (٢) ، فهو خالقه ومبتكره ، فتكون له سلطة اعدامه والرجوع فيما تم من تقدمته الى الجمهور • والواقع أن الاعتبارات التى قد تحدو المؤلف الى اصدار ما يشبه الحكم بالاعدام على مصنفه كثيرة متعددة • فقد يبدو المصنف أمام تقدم الفكر والمدنية تافها لا قيمة له مما تتأثر معه سمعة المؤلف الأدبية أو الفنية اذا استمر تداوله بين الجمهور • وقد

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 561, 565 - 590.

ولكن مراعاة ما قد تقتضيه الترجمة من بعض الحذف والتغيير ، جعلت المشرع المصرى يرخص فى اجرائه بشرط الاشارة اليه وعدم الاضرار بسمعة المؤلف أو قدره الفكرى (م ٢/٩) •

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 550 - 564.

يكون المصنف معبرا عن مرحلة من المراحل الأولى لتفكير المؤلف وشبابه بما قد تتضمنه من اندفاع أو تهور وتهجم على بعض القيم المسلمة فى المجتمع ،فيرى المؤلف - صيانة لسمعته الأدبية أو الفنية أو استجابة لما يفرضه عليه تقدم العمر من رزانة وحكمة - أن يسحب من التداول ما قد يكون باقيا من نماذج المصنف .

٢٤٩ - الحق المالى(١)

يعبر هذا الحق عن الصلة المالية القائمة بين المؤلف صاحب الحق الذهنى وبين مصنفه أو أثره الأدبى أو العلمى أو الفنى . فمن العدل اعطاء كل صاحب خلق ذهنى أو انتاج فكرى فرصة الافادة ماليا من هذا الخلق أو ذلك الانتاج . عن طريق تمكينه من الاستئثار بثمرات عرضه وتقديمه الى الجمهور . فهذا الحق اذن انما يعطى للمؤلف على مصنفه احتكار استغلاله **monopole d'exploitation** بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالى .

واستغلال المصنف قد يقوم به المؤلف نفسه . وقد يقوم به الغير الذى ينزل له المؤلف عن حقه فى الاستغلال لقاء مبلغ من المال يقدر عادة بنسبة مئوية من أرباح الاستغلال أو قيمة المبيعات ، ويدفع اما جملة واحدة واما على أقساط طوال مدة معلومة أو يقدر بطريقة جزافية .

ويستوى فى استغلال المصنف استغلالا ماليا أن يكون ذلك عن طريق نقله الى الجمهور مباشرة(٢) أو غير مباشرة(٣) .

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 264 et s.

(٢) يكون النقل المباشر بالتلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الاذاعة اللاسلكية أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو السينما (م ٦/أولا) .

(٣) يكون النقل غير المباشر بنسخ صور أو عمل نماذج متماثلة من المصنف توضع فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب فى قوالب أو التسجيل أو النسخ أو التثبيت على اسطوانات أو أشرطة مسموعة أو مرئية أو بأية طريقة أخرى (م٦/ثانيا، معدلة بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢).

وقد يتم استغلال المصنف عن طريق ترجمته الى لغة أخرى(١) • ويكون للمؤلف وحده الحق في ذلك ، ولا يجوز لغيره في الأصل أن يباشر شيئا من ذلك الا باذن كتابي منه أو ممن يخلفه •

٢٥٠ ـ آثار التمييز بين الحق المعنوي والحق المالي

قلنا ان حق المؤلف أو الحق الذهني بوجه عام يتكشف عن حقين متميزين: حق معنوي من ناحية ، وحق مالي من ناحية أخرى • وهذان الحقان المتقابلان متصلان مرتبطان ، وان كانا مختلفين اختلافا جوهريا في طبيعتهما ، مما ينعكس أثره على ما يخولان من سلطات ومكنات • وتأصيل التفرقة بينهما مرده الى أن الحق المعنوى انما يعبر عن الجانب الفكرى لشخصية صاحب الحق الذهني أو المؤلف ، بينما يعبر الحق المالي عن الجانب المادى لاستغلال المصنف أو الأثر الذهني بما يعود على صاحبه من منفعة أو ثمرة مالية • ومن هنا ، كان الحق المعنوى ـ باعتباره حق أبوة على نتاج فكرى معين ـ حقا من حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية(٢) ، وهو على هذا النحو لا يتقوم بمال ، فيندرج في سلك الحقوق غير المالية • بينما كان الحق المالي ـ باعتباره حق احتكار استغلال لأثر ذهني معين ـ حقا من الحقوق المالية يندرج في سلكها الى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية • والبصر بهذا الاختلاف الجوهرى بين طبيعة كل من الحقين ، يجلو لنا ما يرتبه كل منهما من نتائج وآثار متفاوتة عن الآخر نعرضها فيما يلي :

١ ـ الحق المعنوى ـ باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية ـ يمتنع

---

(١) ولكن مباشرة الاستغلال عن هذا الطريق يرد عليها ـ فيما يتعلق بترجمة المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية ـ قيد خطير في القانون المصرى ، اذ يرفع المشرع عنها الحماية اذا لم يقم بها المؤلف أو يأذن بها في بحر خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم (م ٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) . وذلك رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار الفكر الانساني في الأمم الأخرى لمدة طويلة • ولكن تقصير المدة الى هذا الحد محل للانتقاد (أنظر كتابنا أصول القانون ، هامش «١» ص ٦٥٤) •

(٢) أنظر سابقا ، ص ٤٥٤ •

التعامل فيه بنقله أو النزول عنه (م ٣٨) أو الحجز عليه (م ١٠)(١) . فهو حق مرتبط بشخصية المؤلف وبذلك يكتسب من وراء هذا الارتباط صفات الشخصية نفسها ، ولا يدخل في عناصر الذمة المالية .

٢ - يترتب على قابلية الحق المالى - دون الحق المعنوى - للتعامل والتصرف فيه ، أن الحق الذهنى أو حق المؤلف لا يكون لوجهيه دائما نفس الصاحب . فاذا نزل المؤلف عن حقه المالى في احتكار استغلال مصنفه ، فيبقى له دائما على هذا المصنف حقه المعنوى الذى لا يملك النزول عنه . وبذلك يتوزع حق المؤلف حينئذ على صاحبين : صاحب للحق المالى هو المتنازل له عن احتكار استغلال المصنف ، وصاحب للحق المعنوى هو دائما المؤلف مبتكر هذا المصنف .

والتصرف في الحق المالى قد يكون على سبيل العوض أو التبرع ، وقد يكون نهائيا أو مؤقتا يعود من بعد الى المؤلف . وقد يكون منجزا حال حياة المؤلف أو مضافا الى ما بعد الموت بالوصية(٢) ، وقد يكون شاملا أو قاصرا على بعض طرق الاستغلال أو على قدره أو مكانه ، مما يوجب تحديده على نحو قاطع للشك . ولذلك يشترط المشرع لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وهذا شرط انعقاد لا شرط اثبات ، وان يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محلا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه (م ٢/٣٧) . ولكن يعتبر باطلا تصرف المؤلف في مجموع انتاجه الفكرى المستقبل (م ٤٠) ، وذلك حماية للجانب الفكرى لشخصيته ومنعا من تقييده مقدما تقييدا أبديا .

ولا يعنى التصرف في نسخة من المصنف التصرف في الاستغلال المالى

---

(١) انظر سابقاً ، ص ٤٥٦ .

ولكن اذا كان لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، فيجوز الحجز في نسخ المصنف الذى تم نشره (م ١٠) .

(٢) وقد أعفى المشرع المصرى المؤلف من التقيد بأحكام الوصية في شأن القدر الجائز الايصاء به ، فيجوز له الايصاء بحق الاستغلال المالى دون تقيد بهذا القدر وحتى لو كان هذا الحق هو كل تركته (م ٢/٣٨) . أنظر في ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٦ . - عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرة ٢٢٨ .

لذات المصنف ، وانما يقتصر حق المتصرف اليه على النسخة المادية أو النموذج المادي محل التصرف لا على ما يتضمنه هذا الجسم المادي من خلق فكرى أو ذهنى، ولذلك يمتنع على المتصرف اليه مباشرة حق الاستغلال المالى بأية صورة من الصور كاستخراج نسخ أو نماذج ينشرها أو يبيعها للجمهور ، لأن هذا الحق لا يزال ثابتا للمؤلف لعدم ورود التصرف والتنازل عليه(١) .

٣ ـ ما دام الحق المعنوى يعتبر انعكاسا لشخصية المؤلف ، فيبقى دائما للمؤلف ، بما له من أبوة فكرية على مصنفه ورغم نزوله عن حقه المالى فى استغلاله ، سلطة كبيرة مهيمنة على سلطة الاستغلال المالى . فله الاعتراض والمطالبه بمنع المستغل من أى تعديل أو تبديل فى المصنف يضر بسمعته الفكرية . وله كذلك اذا شاء الامتناع عن تسليم المصنف الى المتنازل له عن الاستغلال المالى . بل وسلطة وقف هذا الاستغلال المالى بعد بدئه باقتضاء سحب المصنف من التداول وسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه .

ومثل هذه السلطات التى يعطيها الحق المعنوى للمؤلف تكون ذات نتائج خطيرة على الحق المالى الذى انتقل الى المتنازل له عن الاستغلال . ولذلك فان تخويل هذه السلطات للمؤلف ، يجب أن لا يعفيه من المسئولية عن الأضرار التى قد يسببها لمتنازل له عن الاستغلال نتيجة استعماله لها . فضلا عن أن الواقع أن هذا الاستعمال دون مبرر قوى يستند الى اعتبارات خاصة بالمصنف ذاته وما يتضمنه من قيم فكرية معينة ، أو بشخصية المؤلف وسمعته الأدبية أو الفنية ، يعتبر استعمالا تعسفيا غير مشروع من جانب المؤلف صاحب الحق المعنوى ، يجب على القضاء حماية المستغل منه(٢) .

---

(١) وقد طلق المشرع المصرى هذا الحكم ، حتى ولو كانت النسخة محل التصرف هى النسخة الأصلية الوحيدة ، اذ نص على أنه « لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف أيا كان نوعه نقل حق المؤلف » . ولكنه نص كذلك على أنه « لا يجوز الزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » (م ٤١) . لذلك يحسن بالمؤلف عند التصرف فى النسخة الأصلية أن يحتفظ لنفسه بحق الاستغلال المالى .

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 164. — Notre thèse précitée. pp. 166 - 168.

غير أنه فيما يتعلق بسلطة سحب المصنف من التداول وكذلك بسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه ، جعل المشرع المصرى هذا السحب أو التعديل منوطا بموافقة القاضى اذا تحقق من طروء أسباب خطيرة تبرر ذلك ، وعلى أن يلزم المؤلف بدفع تعويض عادل معجل(١) الى المستغل (م ٤٢) ٠

٤ - يعتبر الحق المالى - باعتباره ذا صفة مالية محضة - عنصرا من عناصر الذمة المالية وينتقل بالوفاة الى الورثة ٠ غير أن مثل هذا الحق ليس بالحق المؤبد ، بل هو حق مؤقت ينقضى بفوات مدة معينة يحددها القانون ، بحيث لا يصبح استغلال المصنف ماليا بعد فواتها احتكارا لأحد ، اذ يعتبر حينئذ من التراث الفكرى العام المشاع بين الجميع ٠ ولهذا نص المشرع المصرى على انقضاء حقوق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف (م ٢٠/١)(٢) ، أو على وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين فى تأليف نفس المصنف (م ٢٠/٢) ٠ أو بمضى خمسين سنة على تاريخ النشر اذا كان صاحب الحق شخصا معنويا (م ٢٠/٣) أو اذا كان المصنف منشورا غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ولم يكشف المؤلف خلال هذه المدة عن شخصيته (م ٢١) ٠

والواقع أن طبيعة الحق المالى فى استغلال المصنف تقضى بجعله موقوتا ٠ ذلك أن الأصل أن المصنف معد للجمهور وموجه اليه . بحيث يكون مصيره فى نهاية الأمر أن يسقط كما يقال فى الملك العام وينضاف الى التراث الفكرى الانسانى المتجمع على مر الأجيال ٠ فلا يكون اعطاء المؤلف احتكار استغلاله اذن الا من قبيل تمكينه من الحصول على ما يكافىء جهده الذهنى ،وهو ما يتحقق عادة فى ظرف مدة معينة ٠

أما الحق المعنوى ، فهو حق مؤبد لا ينقضى بمضى مدة معينة ، بل يظل

---

(١) انظر فى انتقاد اشتراط دفع التعويض مقدما :
محمد على عرفة ، ج ١ ، فقرة ٣٨٨ ، ص ٥٣١ ٠ - كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٩ ٠

(٢) ولكن تنقص المدة الى خمس عشرة سنة من تاريخ اول نشر للمصنف فى شأن المصنفات التصوير المرئية والمصنفات السمعية البصرية التي ليس لها طابع انشائي وتقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا. وتنقص المدة الي عشرين سنة من تاريخ ايداع المصنف في شأن مصنفات الحاسب الآلي (م٢٠/١ معدله بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢).

ثابتا للمؤلف طوال حياته ، ثم ينتقل عنه الى ورثته بوفاته • غير أن الورثة لا يتلقون هذا الحق كاملا كما كان لمورثهم ، بل يتلقونه فى الأصل فى جوانبه السلبية دون جوانبه الايجابية • فيتلقونه ناقصا قاصرا على مجرد المحافظة على سمعة المورث الفكرية ، بالدفاع عن احترام نسبة المصنف الى المؤلف واحترام مضمون المصنف ، وذلك برقابة استمرار نشر المصنف أو عرضه كما تركه المؤلف عند وفاته حاملا اسمه أو الاسم المستعار الذى اختاره ودون تحريف أو تشويه(١) • فيقتصر مركز الورثة اذن على مركز الحارس لتراث مورثهم الفكرى(٢) ، ويبقى لهم هذا المركز على الدوام رغم انقضاء الحق المالى بمضى المدة القانونية المقررة له •.

أما الجوانب الايجابية للحق المعنوى ، وهى تقرير نشر المصنف ابتداء وتناوله بالتغيير والتعديل وسحبه من التداول ، فلا تنتقل فى الأصل الى الورثة ، اذ هى لصيقة بشخصية المؤلف وحده باعتباره خالق المصنف ومبتكره وصاحب الأبوة الفكرية عليه • ولكن هذا الأصل ليس مطلقا فى القانون المصرى • اذ تثبت للورثة سلطة تقرير نشر المصنف اذا مات المؤلف قبل هذا التقرير (م ١/١٩) وهو ما يفترض عدم ايصائه بمنع النشر(٣) ، ويمكن تبرير ذلك على أساس استخلاص اتجاه ارادة المؤلف الضمنية الى النشر من سكوته عن الايصاء بمنعه وقيام الورثة حينئذ بتنفيذ هذه الارادة(٤) • وتثبت للورثة كذلك سلطة التعديل أو التغيير فى المصنف (م ٢/١٩)(٥) ، ولكن

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة .
Desbois, op. cit., Nos. 623 - 628.

(١) Desbois, op. cit., No. 625.

(٣) من الواضح أن المؤلف اذا كان قد أوصى بتأجيل النشر وحدد له موعدا معينا ، فيجب على الورثة تنفيذ ما أوصى به (م ٣/١٩) •

(٤) احتياطا لما قد يحدث من احجام ورثة المؤلف عن النشر فى هذه الحالة ، وتحقيقا للصالح العام بعدم قبر المصنفات القيمة وحجبها عن الجمهور ، يرخص المشرع المصرى لوزير الثقافة فى الحلول محل الورثة فى النشر بعد انذارهم واستصدار أمر من المحكمة بذلك ، ولكن مع تعويضهم تعويضا عادلا (م ٢٣).

(٥) قارن مع ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرة ٢٤١ •

هذا الحكم محل للنظر[1] ، باعتبار أن هذه السلطة لصيقة بشخصية المؤلف باعتباره الأب الفكرى للمصنف والقادر وحده على التصرف فى مضمونه[2] .

---

(١) أنظر كتابنا ـ سالف الذكر ، متن ص ٦٦٣ ، وهامش «١» ص ٦٦٣ و ٦٦٤ .

(٢) ولكن لا اعتراض اذا كان المؤلف قد خول قبل وفاته شخصا معينا ـ من الورثة او من غيرهم ـ سلطة اجراء التعديل والتغيير فى المصنف .

الفصل الرابع

الذمة المالية(١)

Le Patrimoine

٢٥١ ـ تعريف الذمة المالية ، والخلاف حول تأصيلها

يقصد باصطلاح « الذمة المالية » ، فى الفقه السائد ، التعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية · وبذلك تتكون الذمة من جانبين : جانب ايجابى (L'actif) هو مجموع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبى (Le passif) هو مجموع التزامات الشخص المالية · وبقدر ما تزيد حقوق الشخص المالية على التزاماته تعتبر ذمته دائنة ، وبقدر ما تزيد التزاماته المالية على حقوقه تعتبر ذمته مدينة ·

والذمة المالية ــ كما يدل عليه اسمها ــ لا تتكون فى جانبيها الايجابى والسلبى الا من حقوق الشخص والتزاماته المالية وحدها(٢) ، فلا يدخل فى الجانب الايجابى للذمة المالية أى حق غير مالى للشخص(٣) ، ولا يدخل فى الجانب السلبى لها أى واجب غير مالى عليه(٤) ·

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Aubry et Rau, op. cit., t. IX Nos. 573-583. — Mevorach, Le patrimoine, Revue trimestrielle de droit civil, 1936, pp. 811-825. — Ismail Chanem, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1951. Imp. Le Caire, 1957.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٠٣ ــ ١٢٣ · ــ كتابنا فى أحكام حق الملكية ، فقرات ٥ ــ ١٠ ، ص ١٢ ــ ٣٢ ·

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 292.

(٣) و (٤) كحق الانسان على اسمه ، أو الحق المعنوى للمؤلف على مصنفه ، وكالواجب السلبى العام الواقع على الكافة باحترام الحقوق · ولكن الاعتداء على مثل هذه الحقوق أو =

وقد كان تأسيس فكرة الذمة المالية وتأصيلها محل جدل كبير في الفقه ، نرى صداه في ظهور نظريتين متقابلتين في هذا الصدد : نظرية تقليدية ظلت لها السيادة في الفقه الفرنسي طوال القرن الماضي وهي المعروفة بنظرية الشخصية (Théorie de la personnalité)) ونظرية حديثة راجت في الفقه الألماني خاصة.وهي نظرية التخصيص (Théorie de l'affectation) . فنعرض فيما يلي لهاتين النظريتين ، لنرى من بعد موقف الفقه الحديث منهما ونظرته اليوم الى جوهر الذمة المالية وأهميتها العملية ..

٢٥٢ ـ نظرية الشخصية

تنسب هذه النظرية الى الفقيهين الفرنسيين «أوبرى» (Aubry) و «رو» (Rau) . وهي تقوم على أساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية وانبعاثها منها(١) . فالذمة اذن هي احدى خصائص الشخصية ، بل هي الشخصية ، ذاتها منظورا اليها من جانبها المالي . ولم يكن بد ـ وهذا الأساس هو نقطة الابتداء ـ من أن تخلع هذه النظرية على الذمة المالية صفات الشخصية كاملة فترتب عليها النتائج الآتية :

(١) **لكل شخص ذمة مالية** : ما دامت الذمة المالية مرتبطة أو مندمجة في الشخصية ، أو ما دامت ـ بعبارة أخرى ـ هي الجانب المالي للشخصية ، فمن الحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية . فلا يعلق وجود الذمة المالية اذن على ضرورة وجود حقوق مالية ثابتة للشخص أو التزامات مالية واقعة عليه في وقت معين . فالطفل اللقيط العاري مثلا ، وهو مجرد من كل حق أو التزام مالي ثابت له أو عليه ، تكون له ذمة مالية .

(٢) **لكل ذمة مالية شخص تستند اليه** : ما دامت الذمة المالية هي الشخصية في مظهرها المالي ، فلا يتصور وجود ذمة لا تستند الى شخص ،

= خرق مثل هذا الواجب ، يولد التزاما ماليا بالتعويض يدخل ذمة المعتدى كعنصر سلبي وذمة المعتدى عليه كعنصر ايجابي .

(١) Aubry et Rau. op. cit., t. IX, No. 573.

سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا • ولكنها لا تثبت فيما وراء ذلك لاحد أيا كان ، فلا تثبت لحيوان أو جماد ، ولا لجماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال لا تتوافر لها الشخصية المعنوية أو الاعتبارية •

(٣) الذمة المالية واحدة لا تتعدد أو تتجزأ : ما دامت الذمة المالية هى الشخصية ذاتها فى مظهرها المالى ، فهى اذن ـ كالشخصية ـ واحدة لا تتعدد أو تتجزأ • ولا يطعن فى وحدة الذمة المالية للشخص ـ عند أنصار هذه النظرية ـ أن تخضع عناصرها لنظام قانونى مختلف عن النظام القانونى الذى تخضع له الذمة فى مجموعها • اذ لا يعدو ذلك عندهم أن يكون محض استثناء تحتمه اعتبارات خاصة(١) •

(٤) الذمة المالية وحدة أو مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها : ما دامت الذمة المالية هى الشخصية نفسها فى مظهرها المالى ، وما دامت الشخصية هى مجرد صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية ، فان الذمة لا تكون اذن مجموعة فعلية ثابتة من الحقوق والالتزامات المالية ، بل مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص فى الحاضر وما قد يوجد له فى المستقبل من هذه الالتزامات وتلك الحقوق • ومن هنا ، كانت الذمة تمثل تصورا قانونيا مجردا يعبر عن وحدة أو مجموعة مستقلة ومنفصلة عن العناصر المكونة لها(٢) ، بحيث لا يتأثر وجودها بوجود هذه العناصر أو بأى تغيير أو تعديل يطرأ عليها • وبذلك تكون الذمة ـ فيما يقال ـ كالوعاء يستقل فى وجوده عن وجود محتوياته ، فهو يوجد فى ذاته ولو خلا يوما من محتوياته ، ويظل موجودا ليتلقى ما قد يدخل فيه مستقبلا من محتويات ولما قد تتعرض له هذه المحتويات من تبديل وتغيير •

وما دامت الذمة المالية تكون وحدة قانونية مجردة مستقلة فى وجودها عن وجود العناصر الداخلة فيها ، فلا يتصور التصرف فى الذمة أو النزول عنها كوحدة ، وانما يتصور التصرف أو النزول واردا على ما يوجد من عناصرها

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 574.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 563, pp. 333, 334.

في وقت معين دون أن يمس ذلك وجود الذمة نفسها(١) . وهذه نتيجة حتمية لتصور الذمة على أنها هي الشخصية ذاتها في مظهرها المالي ، اذ كما يستحيل التصرف في الشخصية أو النزول عنها ، فكذلك يستحيل التصرف أو النزول عن الذمة المالية كوحدة قانونية .

ولكن اذا كانت حقوق الشخص والتزاماته تنتقل الى الورثة بوفاته ، فليس معنى ذلك انتقال ذمته اليهم ـ فالذمة لا تنتقل من شخص الى آخر ـ وانما معناه امتداد شخصية المورث واستمرار بقائها في أشخاص الورثة(٢) .

٢٥٣ ـ نظرية التخصيص(٣)

ترجع هذه النظرية الى بعض فقهاء الألمان خاصة ، الذين أرادوا هدم النظرية التقليدية بما قامت عليه من أساس اندماج الذمة المالية في الشخصية ، وما استتبعه هذا الأساس من نتائج غير مقبولة .

من أجل ذلك رأوا أن الذمة المالية لا تكون مجموعة أو كتلة متماسكة من الحقوق والالتزامات المالية بسبب ثبوتها لشخص معين ، وانما بسبب تخصيصها لغرض معين ذي قيمة جديرة بالحماية . ولذلك فالعبرة في وجود الذمة المالية ليس بوجود شخص تسند اليه ، وانما بوجود غرض تتخصص به . ومن هنا ، فكلما وجدت حقوق والتزامات مالية يجمعها الاستناد الى غرض معين ، أمكن القول بوجود ذمة مالية دون حاجة الى استلزام وجود شخص معين تسند اليه .

ونظرية التخصيص هذه ، قد أراد دعاتها من ورائها الاستغناء بفكرة

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., No. 577.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., Nos. 582, 583.

(٣) أنظر في عرض هذه النظرية خاصة :
Michoud, La théorie de la personnalité morale, 3e éd. t. I, No. 17. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 22. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., pp. 477, 478.

الذمة القائمة على التخصيص عن فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية التى يعدونها مجرد افتراض بحت مخالف للواقع ، وحيلة مصطنعة بخاصة لامكان الاعتراف لمجموعات من الأشخاص (كالجمعيات والشركات) أو الأموال (كالأوقاف والمؤسسات) بذمة خاصة بها مستقلة عن ذمة كل عضو من أعضائها أو كل منتفع بها ٠ اذ لا يحتاج الأمر - لادراك هذه النتيجة - الى مثل هذا الافتراض أو التحايل باعطاء هذه المجموعات شخصية صناعية ، فكل من هذه المجموعات من الاشخاص أو الاموال تفترض وجود حقوق والتزامات مالية يجمعها التخصيص لغرض واحد ، أى تفترض وجود ذمة مالية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها دون استناد الى شخص معين ٠ وتترتب على هذه النظرية نتائج نذكر أهمها فيما يلى :

(١) **وجود الذمة دون شخص** : ليس من الحتم وجود شخص تستند اليه الذمة المالية ، فالذمة توجد ولو لم يوجد شخص اذا وجدت مجموعة من الحقوق أو الالتزامات المالية خاصة بنفس الغرض ٠ وهذا يغنى عند أصحاب هذه النظرية - كما سبق البيان - عن فكرة الشخصية المعنوية التى تعتبر عندهم مجرد حيلة صناعية بحتة للاعتراف للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية بذمة مالية مستقلة ٠

(٢) **امكان تعدد الذمة** : ما دامت الذمة المالية غير مندمجة فى الشخصية وانما قائمة على وحدة التخصيص بين عناصرها لغرض معين ،فليس من الحتم أن توجد للشخص ذمة مالية واحدة ، بل قد توجد له أكثر من ذمة ، فتتعدد ذممه بتعدد الأغراض التى تخصص بها مجموعات من حقوقه والتزاماته المالية ٠ فالوارث مثلا الذى لا يكون مسؤولا عن ديون مورثه الا فى حدود أموال التركة ، تكون له ذمتان منفصلتان مستقلتان : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التى آلت اليه ، بحيث تضمن حقوق كل ذمة ديونها فلا يلتزم الوارث فى ذمته الأصلية بسداد ديون مورثه ٠

(٣) **امكان انتقال الذمة** : ما دامت الذمة المالية غير مستندة الى الشخصية بل الى غرض معين تتخصص به عناصرها ، فهى على هذا النحو

تكون مجموعة فعلية ـ لا مجموعة احتمالية ـ من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة بغرض معين ، فيمكن بالتبعية التصرف فيها والنزول عنها • وكذلك يمكن انتقالها بالموت الى الورثة ، دون حاجة الى ما تصطنعه نظرية الشخصية ـ في سبيل تبرير هذا الانتقال ـ من افتراض بحت يخالف الواقع ، قائم على اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث •

٢٥٤ ـ تقدير النظريتين

يراعى فى شأن نظرية التخصيص أنه لا يمكن التسليم بمقدمتها الأولية القائمة على امكان قيام ذمة لا تستند الى شخص من الأشخاص • فمثل هذه المقدمة لا يمكن قبولها فى ظل القوانين الوضعية الحديثة التى تسلم بوجود أشخاص معنوية أو اعتبارية الى جنب الأشخاص الطبيعية ، وحيث أصبح الفقه الحديث يرى في وجود هذه الأشخاص حقيقة واقعية لا مجرد افتراض محض ، فقد قامت هذه النظرية على أساس القول بانكار فكرة الشخصية الاعتبارية ، وقدمت فكرة الذمة المالية القائمة على التخصيص بغرض معين كبديل عنها •

فالثابت اذن فى القانون الحديث اليوم أن الذمة المالية لا تتصور الا مستندة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا • اذ من المسلم أنه لا يكتسب الحقوق أو يتحمل بالالتزامات الا الأشخاص وحدهم ، ومن هنا ينبغي أن تكون الذمة ـ وهي مجموع من الحقوق والالتزامات المالية ـ خاصة بشخص معين • ولكن ليس يعنى ذلك رفض فكرة التخصيص في ذاتها . فسنرى من بعد أن هذه الفكرة صالحة من وجوه معينة ولكن فى حدود ما قدمناه من ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين • أى أن هذه الفكرة قاصرة عن خلق ذمة غير مستندة الى شخص . ولكنها صالحة ـ اذا وجدت ذمة لشخص معين ـ لتبرير اقتطاع مجموعة من عناصرها وتأليف ذمة أخرى مستقلة لنفس الشخص(١) •

---

(١) انظر بصفة خاصة فى نقد نظرية التخصيص :
Ismail Ghanem, thèse précitée, No. 8.

وليس يعني ذلك أيضـا رفض ما ترتبه نظـرية التخصيص من نتائج معينة ، كتعدد الذمة المالية للشخص الواحد وامكان التصرف فيها والنزول عنها بين الأحياء ، وامكان انتقالها بالموت الى الورثة دون حاجة الى افتراض امتداد شخصية المورث في أشخاص الورثة ، فتلك نتائج سليمة ينبغي التسليم بها في جملتها كما سنرى ، ولكن يمكن الوصول اليها دون حاجة الى انتهـاج منطق نظرية التخصيص ـ غير المقبول ـ من انكار ضرورة اسناد الـذمة الى شخص معين • والواقع أن اسراف النظرية التقليدية اسرافا شديدا في منطقها من ربط فكرة الذمة بالشخصية الى حد ادماجها فيها هو الذي دفع الى انكار تلك النتائج بخلع كل صفات الشخصية على الذمة •

ولئن كان ينبغي التسليم بوجوب استناد الذمة الى شخص ، الا أن ذلك لا يستتبع بحال من الأحوال ضرورة اعطاء الذمة نفس صفات الشخصية ، والا انتهى الأمر ـ كما انتهت النظرية التقليدية فعـلا ـ الى اعتبار الذمـة هي الشخصية نفسها في مظهرها المالي أي هي صلاحية الشخص لوجوب الحقـوق المـالية له أو عليه ، وهو لغو لا يمكن قبوله ، اذ ما دامت الذمة والشخصية شيئا واحدا ، ففيم اذن كان اصطلاح « الذمة المالية » ، وما فائدته وليس له من مدلول جديد(١) ؟ •

فالتفرقة اذن واجبة بين الشخصية باعتبارها الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وبين الذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات ماليـة • واغفال هـذه التفرقة هـو الذي دفـع بنظرية الشخصية الى المغالاة والقول بأن لكل شخص ذمة مالية حتما • ولئن كان الغالب في العمل أن لكل شخص ذمة لأنه يندر أن يوجد شخص ليست له أو عليه حقوق مالية ، الا أنه اذا قام احتمال وجود مثل هـذا الشخص

---

(١) أنظر في نقد الخلط بين الذمة والشخصية :

Beudant et Voirin, t. IV, No. 28. — Ismail Ghanem, thèse précitée, No. 62. — Mevorach, article précité, p. 816. — Planiol, Ripert et Picard, t III, No. 17.

فيكون من انكار الواقع القول بتوافر ذمة مالية له(١) .

والخلط بين الذمة والشخصية دفع بالنظرية التقليدية كذلك الى القول بأن الذمة واحدة لا تتعدد أو تتجزأ ، وأنه لا يتصور أن توجد للشخص ذمم مالية متعددة . ومثل هذا القول — كما هو ظاهر — لا يستقيم الا مع مقدمة غير مسلمة ، هى اندماج الذمة في الشخصية . ومن ثم لا يوجد عقلا ومنطقا ما يمنع من تصـور تعدد الذمة . وهنا نجـد فائدة فكرة التخصيص ، اذ قـد تتخصص مجموعة معينة من أموال الشخص بغرض معين فتنشأ منها ذمة خاصة الى جانب ذمته العامة(٢) .

وفي قواعد القانون المصرى أمثلة على تعـدد الذمة المـالية لدى بعض الأشخاص نتيجة تخصيص معين لبعض ما لهم من أموال(٣) .

فللقاصر أهليـة التصرف فيما يوضـع تحت تصرفه من مال مخصص لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط (م ٦١ من قانون الولاية على المال) . وكذلك فللقاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه بعمله من مال ، بشرط ألا يتعدى التزامه حـدود هذا المال (م ٦٣ من القانون سالف الذكر) . ففي هاتين الحالتين ، يكـون للقاصر — فضلا عن ذمته العامة — ذمة خاصة متعلقة بأموال معينة لا يلتزم الا في حدودها وحدها .

وكذلك فلمالك السفينة الحق في تركها الى أصـحاب الديـون الناشئة بسببها أو بسبب سفرها ، يقتضون ديونهم من التنفيذ عليها وحـدها هى

---

(١) في هذا المعنى :
Mevorach, article précité, p. 817.

(٢) ولكن لا يتأتى التخصيص بارادة الأفراد وانما القانون وحده هو الذى يقرره ، كفالة لما يجب من ثقة وائتمان في المعاملات ، ومنعا من تفتت الضمان العام بتوزعه بين ذمم الشخص المتعددة (أنظر كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، هامش «١» ص ٢٤) .

(٣) أنظر :
Ismail Ghanem, thèse précitée, Nos. 87-89.
اسماعيل غانم ، ص ١١١ — ١١٣ . — شفيق شحاته ، فقرة ٦ ، ص ١٢ و ١٣ .

وأجرتها دون غيرها من أمواله (م ٣٠ بحرى) . وبذلك تكون السفينة ذمة مالية خاصة لمالكها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتها وقيمة أجرتها ، فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات التنفيذ على غير السفينة وأجرتها مما يدخل فى ذمته العامة من أموال .

وأخيرا فللوارث فى القانون المصرى _ كما سنرى _ ذمتان : ذمته الاصلية ، وذمة مورثه التى انتقلت اليه . فلا يسأل الوارث عن ديون مورثه الا فى حدود ما تركه المورث من أموال ، أى لا يقوم بسداد ديوان التركة من أمواله الأصلية ، فلكل من الذمتين نطاق مستقل عن نطاق الأخرى .

بقى أن يراعى أن نظرية الشخصية ، وهى ترى أن الذمة باعتبارها هى الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى آخر ، قد اصطدمت بنظام الميراث فاضطرت _ فى سبيل تبرير انتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة _ الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث(١) . وظاهر ما فى هذا التبرير من اصطناع وتحايل يقوم على افتراض محض مخالف للواقع ، مما يدل على فساد القول بامتناع التصرف فى الذمة المالية وانتقالها من شخص الى آخر .

والخلاصة مما تقدم وضوح جانب المغالاة والاسراف فى كل من نظرية الشخصية(٢) ونظرية التخصيص ، الأولى بادماج الذمة فى الشخصية ادماجا كليا ، والثانية بفصل الذمة عن الشخصية .

---

(١) بحيث يكونان اما شخصا واحدا حين يلتزم الوارث بكل ديون المورث ، أو يكون الوارث شخصين : شخصا هو امتداد لشخصية المورث ، وشخصه الخاص به حين لا يلتزم بسداد ديون المورث الا فى حدود أموال التركة .

(٢) أنظر مع ذلك فى الدفاع عن نظرية الشخصية فى الفقه المصرى :

عبد الحى حجازى ، ص ٢٢٨ _ ٢٣١ . _ محمد سامى مدكور ، نظرية الحق ، ١٩٥٤ ، ص ١٢٣ _ ١٢٧ . _ عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٢٩٤ .

٢٥٥ — جوهر فكرة الذمة المالية

يتجه الفقه الحديث فى مجموعه(١) الى الابقاء على فكرة الذمة المالية مبرأة مما خلعته عليها النظرية التقليدية من صفات الشخصية وخصائصها . وبذلك أصبحت النظرة اليوم الى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لهـا ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل فى تكوينها من حقـوق والتزامات مالية ، أى باعتبارها وحدة تفنى وتتلاشى فيها عناصرها .

ولكن ينبغى أن لا تصرف هذه النظرة للذمة المالية الى المعنى الذى كانت تفهمه منها نظرية الشخصية . فقد ظنت هذه النظرية أن تمتع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها ، يجعل من الذمة مجرد تصور فكرى لا علاقة له بالواقع ، بحيث يمكن أن توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر ايجـابى أو سلبى . وليس مثل هذا الفهم لاستقلال ذاتية الذمة عن ذاتيـة عناصرها ، الا صدى للخلط بين الذمة والشخصية ، وهو خلط شـائع عند أصحاب نظرية الشخصية كما أوضحنا ، ويكاد يلغى أى معنى لوجود فكرة الذمة اذ ينقلب مدلولها من **مجموع** ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، الى **صلاحية** الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية . وفرق كبير بين المجموع الذى لا يرد الا على عناصر فعلية واقعية موجودة حتى ولو كانت متغيرة ، وبين مجرد الصلاحية التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعلية ولا تتخلف بتخلفها .

فالذمة المالية اذن ينبغى أن تفهم على أنها وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة — ما دامت لم تخل من عناصر قط — رغم تغير ذاتية العناصر المؤلفة لها . فقد تخرج بعض العناصر من ذمة الشخص ، وقد تدخل فيها بعض عناصر جديدة — اذ حقوق الشخص والتزاماته المالية فى تغير مستمر لا يثبت على حال واحدة — دون

---

(١) أنظر فى ذلك :

Beudant et Voirin, t. IV. Nos. 17, 18. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 128. — Planiol, Ripert et Picard, t. III. No. 15.

أن ينفي ذلك وجود وحدة دائمة تنتظم مجموع حقوق هذا الشخص والتزاماته المالية المتغيرة . فالذمة اذن - وان كان لا وجود لها بغير عناصر تكونها - لا يتأثر وجودها بتغير عناصرها المستمر . ومثل الذمة في ذلك مثل الأمة ، لا يتأثر وجودها بالتغير المستمر في ذاتية أفرادها بموت من يموت منهم وميلاد من يولد .

وهذه الوحدة التي تنتظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية في ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الالتزامات وتلك الحقوق من تغير مستمر ، هي جوهر فكرة الذمة المالية ، ذلك الجوهر الذي يعبر عنه عادة بأن للذمة - كوحدة - كيانا مستقلا عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة التغير .

٢٥٦ - أهمية الذمة المالية

تربط الذمة المالية ، على هذا النحو ، بين الجانب السلبي والجانب الايجابي فيها ربطا محكما وثيقا تتضح أهميته من ناحيتين : فمن ناحية ، يعتبر الجانب الايجابي مسئولا عن الجانب السلبي وضامنا له بحيث تكون كل ديون الشخص مضمونة دائما بكل حقوقه ، فيكون للدائنين اذن ضمان عام على جميع أموال المدين . ومن ناحية أخرى ، تنتقل الذمة بجانبيها الايجابي والسلبي الى الورثة كما تحدد مضمونها نهائيا عند الوفاة(١) . فنعرض فيما يلي بايجاز للضمان العام للدائنين ، ثم لانتقال الذمة بالوفاة .

(١) **الضمان العام للدائنين** : قلنا ان الذمة المالية تكون وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن مفردات وذاتية عناصرها . وهذا الكيان الذاتي للذمة يجعل الجانب الايجابي فيها مسؤولا عن الجانب السلبي دون تحديد لمفردات كل منهما

---

(١) أنظر مع ذلك في انكار الحاجة الى فكرة الذمة المالية لتبرير الضمان العام للدائنين وانتقال حقوق المتوفي والتزاماته الى الورثة ، والدعوة الى الاستغناء بالتالي عن هذه الفكرة :

Ghanem, thèse précitée, Nos. 18-22.

اسماعيل غانم ، ص ١١٩ - ١٢٢ .

وانظر في مناقشة هذا الاتجاه وفي الابقاء على فكرة الذمة المالية :

كتابنا سالف الذكر في أحكام حق الملكية ، ص ٢٩ و ٣١ و ٣٢ .

أو اعتبار لما قد يطرأ على هذه المفردات من تغيير . وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامنا لمجموع التزاماته ، بمعنى أن ضمان الدائنين لا يقع على حق أو مال معين بذاته من حقوق المدين أو أمواله ، بل يقع على الجانب الايجابي من ذمة المدين برمته باعتباره ذا كيان ذاتي مستقل عن ذاتية مفرداته ومحتوياته. ومن هنا يكـون للدائنين حـق ضـمان عـام (droit de gage général) على جميع أموال المدين . وهذا ما يعبر عنه المشرع المصرى بنصـه على أن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » (م ٢٣٤/١ مدنى) .

وهذا الضمان العام المقرر للدائنين ، يتفق مع طبيعة الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية . ذلك أن الدائنين أصحاب هذه الحقوق لا تكون لهم أية سلطة مباشرة على شيء أو عين معينة من أعيان المدين ، وانما تكون لهم قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . فاذا لم يف المدين بما عليه من التزام ، فليس معنى ذلك ضياع حقوق هؤلاء الدائنين بدعوى عدم ورودها مباشرة على عين معينة من أعيانه ، ذلك أن حقوقهم ـ باعتبارها داخلة فى الجانب السلبى من ذمة المدين وهذا الجانب مضمون بما يقابله فيها من جانب ايجابى ـ انما تكون مضمونة الوفاء بمجموع أموال المدين كوحدة ذاتية مستقلة لا كأموال معينـة بالذات ، بحيث لا يقتصر الضمان على أموال المدين الحاضرة وقت نشوء الديون بل يمتد كذلك الى أمواله المستقبلة .

غير أن هذا الضمان العام ـ ان كان ذا فائدة للدائنين من هذه الناحية ، وللمدين من ناحية أنه يجعل يده فى الأصل حرة التصرف فى أمواله باعتباره ضمانا لا يثقل أحـد هذه الأموال بالذات وانما يرد عليهـا كمجمـوع ذاتى مستقل ـ الا أنه قد يضمر الخطر للدائنين من ناحيتين : فمن ناحية ، يرد ضمان الدائنين على الجانب الايجـابى من ذمة المدين كوحدة ثابتة فى ذاتهـا ومتغيرة فى عناصرها . فاذا نقصت العناصر المكـونة لهذا الجـانب بخروج بعضها من ذمة المدين ، فتنتقص بالتبعية قيمة هذا الضمان بالنسبة للدائنين . ومن ناحيـة ثانية يتساوى الدائنون فيما لهم من ضمان على جميع أمـــوال المدين (م ٢٣٤/٢ مدنى) ، لأن كل ديون المدين مضمونة بكل حقوقه . وهذه المساواة قد تعرضهم لخطر التزاحم على أموال المدين عند عدم كفايتهـا لوفـاء

الديون كاملة واقتسامهم اياها فيما بينهم قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم(١) •

(٢) انتقال الذمة المالية بالوفاة : ما دامت الذمة تمثل وحدة قانونية يرتبط فيها الجانب الايجابي بالجانب السلبي ، فان هذا الارتباط والتماسك بين الجانبين لا ينهار بوفاة الشخص بل يظل قائما بحيث تنتقل ذمته الى الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية على السواء ، على النحو الذى تحددت به مفرداتها نهائيا عند الوفاة ، اذ بالوفاة يمتنع طروء أى تغيير عليها بعد ذلك بالزيادة أو النقصان •

وما دامت ذمة المورث - باعتبارها وحدة تمثل مجموع حقوقه والتزاماته المالية - تنتقل بالوفاة الى الوارث ، فمقتضى ذلك اما اندماج ذمة المورث فى ذمة الوارث ، واما قيام ذمة المورث الى جانب ذمة الوارث بحيث تصبح للوارث ذمتان مستقلتان : ذمته الأصلية المتعلقة به ، وذمة مورثه التى آلت اليه عن طريق الارث •

واندماج ذمة المورث فى ذمة الوارث ، يجعل الوارث مسئولا عن ديون التركة لا فى أموالها فقط ولكن حتى فى أمواله الأصلية كذلك • وهذا هو النظام الأصلى المتبع فى القانون الفرنسى بخاصة • وقد رأينا من قبل فساد تفسيره على النحو الافتراضى الذى تقول به النظرية التقليدية من اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث •

أما قيام ذمتين مستقلتين للوارث ، ذمته الأصلية وذمة مورثه التى آلت اليه بالميراث ، وهو النظام المقرر فى القانون المصرى أخذا عن الشريعة الاسلامية ، فمن شأنه تحديد مسئولية الوارث عن ديون التركة بقدر ما فيها من أموال(٢) • فتعتبر ذمة المورث التى آلت الى الوارث مكونة لوحدة مستقلة

---

(١) يمكن - كما سبق البيان - دفع هذا الخطر عن طريق ترتيب حق عينى تبعى للدائن على عين معينة بالذات من أموال المدين ، بحيث يكون له اقتضاء دينه من ثمنها بالأفضلية والأولوية على غيره من الدائنين العاديين •

(٢) يأخذ القانون الفرنسى كذلك بهذا النظام استثناء ، بما يجيزه للوارث من تحديد مسئوليته عن ديون مورثه عن طريق ما يسمى : « قبول التركة بخيار الجرد » • (Sous bénéfice d'inventaire)

قائمة بذاتها ، يضمن الجانب الايجابي فيها الجانب السلبي كما تحددت مفردات كل منهما عند الوفاة ، بحيث يقتصر ضمان ديونها على مجموع حقوقها وحده ، فلا يكون الوارث مسئولا في ذمته وامواله الأصلية عن وفاء ديون الذمة الموروثة . وبذلك تكون الذمة الموروثة ذمة مخصصة لغرض معين هو تصفية ما كان للمورث من مركز مالى آل الى الوارث بحيث لا يكون لذمة الوارث الأصلية - وهى مستقلة عنها - شأن بهذا الغرض .

ولا يحتاج وجود ذمتين منفصلتين للوارث على هذا النحو الى افتراض شخصيتين له كما كانت تفعل نظرية الشخصية . فهذا افتراض بحت غير مقبول ، يغنى عنه وجوب تجريد الذمة من صفات الشخصية كما رأينا ، بحيث لا يعود ثم ما يمنع من امكان انتقالها بسبب الوفاة وتعددها لنفس الشخص وهو الوارث .

والقول بوجود ذمتين منفصلتين للوارث في القانون المصرى ، هو فيما نرى التفسير الصحيح لقاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » ، المقررة فيه وفي الشريعة الاسلامية . وهذا التفسير يفضل تفسيرا آخر يذهب اليه بعض فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فقهاء المالكية والحنفية(١) من اعتبار تركة المتوفى المدينة باقية حكما على ملكه تفريعا على اعتبار شخصيته مستمرة وممتدة افتراضا الى حين الفراغ من سداد ديونه وتصفية ذمته . اذ لا حاجة الى مثل هذا الافتراض البحت المخالف للقواعد القانونية الوضعية الحالية ، وهناك ما يغنى عنه من حقائق الواقع المتمثل في وجود مجموعتين من الحقوق والالتزامات المالية ، لكل منهما استقلاله وكيانه الذاتى : المجموعة المتعلقة بالوارث أصلا ، والمجموعة المتعلقة بالمورث التى آلت بوفاته الى الوارث(٢) .

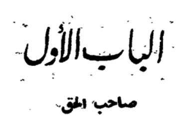
---

(١) أنظر في ذلك :

عمر عبد الله . أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠ - ٣٢ .

(٢) راجع في ذلك :

دروسنا في مصادر الحقوق العينية الأصلية ، على الآلة الناسخة ، ١٩٦٤ ، ص ٣٣-٣٧ .



صاحب الحق

Le sujet de droit (١)

٢٥٧ ــ صاحب الحق هو الشخص

يستند الحق الى شخص يكون صاحبا له(٢) ، بحيث يستأثر وحده ــ دون غيره من الاشخاص ــ بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات · ومن هنا قام الترادف فى الاصطلاح القانونى بين « صاحب الحق » وبين « الشخص » (La personne) ، وأصبحت « الشخصية (La personnalité) بالنسبة الى الحق هى علامة الصلاحية لثبوته ونسبته الى صاحب معين · بل أصبحت هى كذلك علامة الصلاحية لثبوت « الالتزام » أو « الواجب » ونسبته الى صاحب معين · فالالتزام أو الواجب ــ كالحق ــ يلزمه صاحب ، وصاحب كل منهما هو الشخص ·

٢٥٨ ــ مدلول الشخصية

اذا كان صاحب الحق ــ وهو ما يعنينا فى هذا المقام ــ هو « الشخص » فينبغى تحديد مدلول « الشخص » أو مدلول « الشخصية » التى يتمتع بها هذا الصاحب · وفى هذا الصدد ينبغى توقى الخلط بين مدلول هذا الاصطلاح

---

(١) يراعى أن هذا الاصطلاح الفرنسى انما يؤخذ عند كثير من الفقهاء ، لا للدلالة على « صاحب الحق » فحسب ، وانما للدلالة كذلك على المحمل بالالتزام المقابل للحق · أنظر فيما يؤدى اليه ذلك من خلط غير مرغوب فيه ، وفى محاولة دفع هذا الخلط على أساس قصر هذا الاصطلاح على « صاحب الحق وحده » والتعبير باصطلاح « صاحب الالتزام » "le sujet d'obligation" عن المحمل بالالتزام :

كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦٨٩ ·

(٢) أنظر فى محاولات : انكار وجود صاحب الحق من حيث المبدأ ، والحد من مبدأ استلزام صاحب الحق ، وفى مناقشة هذه المحاولات ورفضها : كتابنا أصول القانون ، ص ٦٩٠ــ٦٩٧ ·

فى نظر الفلسفة والاخلاق وعلم النفس من ناحية وبين مدلوله فى نظر القانون من ناحية أخرى(١) . فالخلط بين المدلولين كان من الأسباب الرئيسية الكامنة وراء ما أحاط مشكلة الشخصية فى الفقه من مشاكل وتعقيدات كبيرة وبخاصة فى شأن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

فالشخص فى نظر الفلسفة والاخلاق وعلم النفس هو الانسان وحده ، لأن الشخصية فى هذا النظر انما تعبر عن صفة كائن متميز له من طبيعته الروحية الواعية العاقلة - سواء كانت متحققة أو متخلفة فى الواقع - ما يجعل له غاية خاصة به(٢) . وهى صفة لا تتوافر الا للفرد الانسانى دون غيره من الكائنات الأرضية . وليس الحال كذلك فى نظر القانون حيث يأخذ اصطلاح « الشخص » أو « الشخصية » مدلولا آخر لا تلازم بينه وبين هذه الصفة الانسانية . فقد يخرج القانون من عداد الأشخاص بعض بنى الانسان ، وقد يثبت الشخصية لغير الانسان . وآية ذلك ، أن الرقيق لم تكن ثم شخصية فى نظر الشرائع القديمة حيث كان الرق سائدا ومشروعا . واذا كان الرق قد زال اليوم فأصبحت الشخصية ثابتة لكل الناس على السواء ، الا أنها ليست قاصرة عليهم بل هى ثابتة كذلك لغير الانسان ، فثم جماعات من الأفراد كالشركات والجمعيات ، أو مجموعات من الأموال كالأوقاف والمؤسسات ، تعتبر أشخاصا فى نظر القانون .

فمدلول الشخصية اذن فى نظر القانون لا يطابق تماما مدلولها فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ولا يفترض بالتالى حتما توافر الصفة الانسانية . ولا يكفى القول - لتحديد هذا المدلول - بأن الشخص هو من يمكن نسبة الحقوق والواجبات أو الالتزامات اليه ، أو من يعتبر صالحا ليكون

---

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 2. — Réglade, op. cit., pp. 71, 74, 75. — Dabin, op. cit., pp. 108, 109.

(٢) انظر فى ذلك :

Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 6e. éd., 1951, V. Personne, p. 759. — Réglade, op. cit., p. 75. — Dabin, op. cit., p. 108.

صاحبا للحقوق والواجبات أو الالتزامات ، فلا يتدم هذا القول كثيرا فى تحديد صاحب الحق ، اذ يبقى تحديد مدلول ومعيار مثل هذه الصلاحية .

وفى هذا الصدد نجد اتجاهين متقابلين متطرفين : الاتجاه الأول يتطرف فى تضييق مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالارادة العاقلة الواعية(١) ، حتى لينكر الشخصية على المجنون والصغير غير المميز أو فى الأقل يعتبر شخصيتهما افتراضية وليست حقيقية . والاتجاه الثانى يتطرف فى توسعة مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالتمتع(٢) ، حتى ليعترف بالشخصية للحيوان أو الجماد اذا حصل تصرف لصالحه .

وكلا الاتجاهين مرفوض(٣) . فمن ناحية يقوم كل منهما على أساس تصوير معين للحق ، اذ يقوم الأول على أساس تصور الحق قدرة ارادية ويقوم الثانى على أساس تصور الحق مصلحة يحميها القانون ، وقد سبق لنا مناقشة ورفض هذين التصويرين للحق . ومن ناحية أخرى ، يخالف كل منهما حكم القوانين الوضعية : فالاول يخالف المقرر فى هذه القوانين من اسناد الحقوق الى عديمى الارادة من الأفراد كالمجنون والصغير غير المميز وليس الى من يولى عليهم من أولياء أو أوصياء أو قوام . والثانى يخالف المقرر فى هذه القوانين من التمييز بين صاحب الحق وبين محله واعتبار الحيوان أو الجماد دائما محلا للحق لا صاحبا له .

ورفض الاتجاهين المتقدمين يوجب الاتجاه وجهة أخرى لا تبلغ مبلغهما من التطرف فى قصر الشخصية على ذوى الارادة من الأفراد أو بسطها حتى على الأشياء من حيوان وجماد . ولكن ليس معنى وجوب احتساب الصغير غير

---

(١) أنظر فى هذا الاتجاه بخاصة :
Duguit, op. cit., t. I, Nos. 42 - 48, pp 451 - 533. — Roguin, op. cit., t. II, No. 647 - 692, pp. 315 - 356.

(٢) أنظر فى هذا الاتجاه بخاصة :
Demogue, La notion de sujet de droit, Rev. trim. de droit civil, 1909, notamment. pp. 631 - 645.

(٣) أنظر فى تفاصيل مبررات هذا الرفض :
كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٠١ _ ٧٠٥ .

المميز من الأشخاص واستبعاد الأشياء من عداد الأشخاص ، ايجاد ترادف بين الشخص والانسان والعودة الى الخلط بين الشخصية القانونية والشخصية الفلسفية أو الأخلاقية ، فللقانون غاية معينة تملى عليه مدلولا معينا للشخصية مختلفا عن مدلولها الفلسفي أو الأخلاقي أو النفسي • ذلك أن القانون يستهدف اقامة نظام اجتماعي عادل ، وهو لا يتوصل الى ذلك الا بتمكين الكائنات المتميزة التى تمثل ـ بالنظر الى هذا الهدف ـ قيمة معينة من أن تكون لها أو عليها حقوق • وتحديد هذه القيمة الاجتماعية التى تثبت صلاحية لدى الكائن فى أن يكون على رأس حقوق والتزامات أو مركزا لهما ، أمر لا يتحكم فيه القانون الوضعي وانما تمليه عليه حقائق الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية •

واذا كانت هذه الحقائق تفرض اعتبار الانسان كائنا متميزا له مثل هذه القيمة وتلك الصلاحية بصرف النظر عن توافر او تخلف الوعى والادراك عنده لأن الانسان هو حجر الأساس فى النظام الاجتماعي وصالحه يظل هو نهاية المطاف من وجود الجماعة ووجود القانون والحقوق ، فان هذه الحقائق تفرض عدم قصر هذه القيمة وتلك الصلاحية على الانسان وحده ، بل وجوب بسطها كذلك على تلك الكائنات الجماعية المتميزة بتنظيم معين لتحقيق مصالح انسانية لعدد كبير من الأفراد • فمثل هذه الكائنات الجماعية ـ على هذا النحو من التنظيم الذى يجعل لها كيانا مستقلا عن كيان الأفراد المنشئين لها أو المنتفعين بها ، ومن الهدف الذى يوجه كيانها المستقل الى تحقيق ما يعتبر غاية للحقوق والقانون من أغراض ومصالح انسانية ـ لا تقل عن الانسان فى نظر القانون والنظام الاجتماعي قيمة وصلاحية كمركز للحقوق والواجبات أو الالتزامات • ولذلك اذا كان القانون يثبت الشخصية لكل انسان ، فانما يثبتها له لما يمثل من هذه القيمة والصلاحية ، ولهذا لا يقصرها عليه وحده بل يجاوزه فيثبتها كذلك لغيره من الكائنات الجماعية المتميزة ـ مثل الجمعيات والشركات والأوقاف والمؤسسات ـ التى لها نفس هذه القيمة والصلاحية •

وعلى هذا النحو لا تناط الشخصية بالادراك أو الارادة ، ولا بالانتفاع أو التمتع ، ولا بالصفة الانسانية ، وانما تناط أساسا بالقيمة الاجتماعية

(La valeur sociale) (١) . فيكون الشخص هو الكائن المتميز(٢) ذا القيمة الاجتماعية بالنظر لما يتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح انسانية(٣) ، مما يفسر كونه صاحبا للحقوق والواجبات أو الالتزامات وكون شخصيته هي صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها اليه .

٢٥٩ ـ الشخصية وأهلية الوجوب(٤)

اذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وتحدد مدلول الشخصية على النحو المتقدم الذي يعني صلاحية كائن ذي قيمة اجتماعية لوجوب الحقوق له أو عليه ، فينبغي مراعاة ما يشيع في الفقه(٥) من التعبير عن الشخصية كذلك باصطلاح « أهلية الوجوب » واعتباره مرادفا لاصطلاحها ، بحيث يتحدد الشخص بأنه من يكون أهلا للوجوب له أو عليه . ورغم الصلة الوثيقة بين الاصطلاحين ومدلوليهما فتبقى بينهما فروق تبرر التمييز بينهما(٦) .

---

(١) أنظر في ذلك خاصة :
Reglade, op. cit., pp. 75 - 79 — Saleilles, op. cit., pp. 583, 584. — Dabin, op. cit., p. 110.

(٢) أنظر في استلزام أن يكون الشخص كائنا (être) له وجود متميز ، لا مجرد نشاط (activité) ولو ذي قيمة اجتماعية : Dabin, op. cit., p. 110.

(٣) قارب : Dabin, ibid.
وقارن : Réglade, pp. 76, 78, 79

(٤) يطلق فقهاء الشريعة الاسلامية اصطلاح « الذمة » على الشخصية ، ويجعلونهـا مناطا لأهلية الوجوب أو يجعلون الأهلية أثرا لها (أنظر في ذلك خاصة : أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الاسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٣٥٢ . — علي الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية ، ١٩٤٢ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ . — عمر عبـد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ١٩٥٦ ، ص ٨٢ و ٨٣ .

وقارن : محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامي ، ١٩٥٤ ، ص ٢٢٠ و ٢٢١ ، الذي يستبدل اصطلاح « الانسانية » باصطلاح « الذمة » .

(٥) أنظر بخاصة : عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوستيت ، فقرة ٢٢٠ . — عبد الرزاق السنهوري . الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ . — عبـد المنعم فرج الصـدة ، نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، ١٩٥٠ ، ص ٤٧ . — محمد سامي مدكور ، ص ٥٤ و ٨١ . — جميل الشرقاوي ، ص ١٢٠ .

(٦) أنظر في ذلك بخاصة :
سليمان مرقس ، هامش «٥» ، ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ .
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 791.

ذلك أن الشخصية ، وهي صلاحية كائن لأن تنسب اليه الحقوق والواجبات او الالتزامات ، انما تواجه هذه الصلاحية في ذاتها من حيث مبدأ وجودها بحيث تعتبر موجودة أو منعدمة ولكنها لا تتصور أبدا ناقصة • فوجودها لا يتراوح بين الكمال والنقصان بتراوح عدد ما تتعلق به الصلاحية من حقوق وواجبات و التزامات ، بل يكفي لوجود الشخصية ثبوت هذه الصلاحية أصلا ، ولو كانت منعلقة ببعض الحقوق والواجبات او الالتزامات دون بعض أو حتى بواحد منها فحسب(١) • ولذلك فاذا كانت الشخصية ثابتة لكل أفراد الناس في القانون الحديث فمعنى ذلك أن لكل منهم - على قدم المساواة - مثل هذه الصلاحية في المبدأ ولو كان محروما من بعض الحقوق ، فيظل له - دون نقصان - نفس ما للباقين غير المحرومين من شخصية ما دام أن له من القيمة الاجتماعية مثلهم ما يجعله صالحا كصاحب يمكن أن ينسب اليه أي حق أو التزام • واذا كان اختلاف الأشخاص في قدر ما يمكن نسبته الى كل منهم من حقوق وواجبات أو التزامات ، لا ينتقص من تساويهم في الشخصية لأنه لا يمس مبدأ صلاحيتهم كأصحاب للحق وللواجب أو الالتزام ، فهو يفرق بينهم من حيث مدى هذه الصلاحية ، وهذا المدى هو المقصود أساسا بأهلية الوجوب(٢) ، وهو الذي يمكن أن يكون كاملا عند البعض وناقصا عند البعض الآخر بحسب شمول الصلاحية لكل الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو اقتصارها على بعض منها دون بعض(٣) • ولذلك لا يحمل تساوي الأشخاص في الشخصية معنى تساويهم في أهلية الوجوب ، بل تتفاوت أهلية وجوبهم اتساعا وضيقا بحسب الأحوال دون أن ينتقص ذلك مما لهم من نفس الشخصية المتساوية •

فالشخصية اذن تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام بعامة دون تحديد أو تعديد ، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من

---

(١) في هذا المعنى :
سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش «١» ، ص ٣٧٩ •
(٢) في هذا المعنى :
Marty et Raynaud, ibid.
(٣) قارن : سليمان مرقس ، هامش ص ٣٨٠ •

حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات • وعلى هذا النحو ، يتحدد الفيصل بين الشخصية وأهلية الوجوب ، رغم تعلقهما معا بهذه الصلاحية ، بالفيصل بين التجريد والتطبيق ، فتكون الشخصيه هى الصلاحية المجردة وأهلية الوجوب هى الصلاحية الواقعية أو المجسمة •

وعلى هذا النحو اذا كان حرمان بعض الأشخاص من بعض الحقوق أو عدم الزامهم ببعض الواجبات أو الالتزامات لا يلغى الشخصية أو ينكرها عليهم ، فهو يقيد أو ينتقص - رغم ذلك - من أهليتهم للوجوب(١) • ولذلك تكون الشخصية ثابتة للنساء مثلا رغم حرمانهن فى بعض الشرائع من الحقوق السياسية واعفائهن من الخدمة العسكرية ، وللأجانب رغم حرمانهم فى بعض الشرائع من تملك العقارات أو الأراضى الزراعية ، وللقريب رغم حرمانه من الارث لاختلاف الدين أو لقتله المورث عمدا • ولكن يكون لهذا الحرمان والاعفاء أثره على أهليتهم للوجوب ، فتكون مقيدة أو ناقصة بالنسبة الى غيرهم من ذوى الصلاحية الكاملة لوجوب كل الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو منعدمة فى شأن الحق الوارد عليه الحرمان أو الالتزام محل الاعفاء بالذات •

٢٦٠ - منهج البحث

اذا كان صاحب الحق هو الشخص وكان الشخص - على ما رأينا - هو الكائن ذا القيمة الاجتماعية سواء كان انسانا من خلق الطبيعة أو كائنا جماعيا من خلق الفكر والتصور ، فينبغى أن نعرض للشخص صاحب الحق فى نوعية الكبيرين هذين • ولذلك تقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول - فى الشخص الطبيعى •

الفصل الثانى - فى الشخص المعنوى أو الاعتبارى •

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ١٥٤ •

الفصل الأول

الشخص الطبيعي

La Personne Physique

٣٦١ ـ تمهيد وتقسيم

يقصد بالشخص الطبيعي الانسان ، وكل انسان اليوم ـ دون استثناء ـ يعتبر شخصا فى نظر القانون الحديث ، اذ الشخصية تفترغر ـ كما رأينا ـ وجود كائن متميز له قيمة اجتماعية بالنظر الى ما يتعلق به أو يستهدفه من مصالح انسانية ، والانسان هو المثال الأصيل ـ وان لم يكن الوحيد ـ لهذا الكائن ، غير أن هـذه الحقيقة المسلمة اليوم من اسباغ الشخصية على كل انسان(١) ، لم تكن كذلك على الدوام • فقـد كانت بعض الشرائع القديمة تقصر الشخصية على الأحرار وحدهم من الناس وتنكرها على الأرقاء ، ولعـل مرجع ذلك الى أن النظرة اليهم كانت باعتبارهم مجردين من القيمة الاجتماعية مناط الشخصية(٢) لارتهان هذه القيمة حينئذ بالحرية ، مما حتم اخراجهم من عداد الأشخاص أصحاب الحقوق واحتسابهم ضمن الأشياء محل الحقوق •

واذا كانت الشخصية معترفا بها فى القانون الحديث لكل انسان ، فهى ثابتة له دون توقف على وجود ارادة واعية عاقلة عنده ، ذلك أن توافر الصفة الانسانية حتى مع انعـدام العقل الواعى والادراك كاف ـ بالنظر الى غـاية

---

(١) أنظر فى نظام « الموت المدنى » التى كانت تعرفه بعض الشرائع من قبل ، وفى أنه لم يكن معدما الشخصية اعداما تاما وانما كان مقيدا لأهلية الوجوب بحصرها فى اضيق نطاق : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧١١ ـ ٧١٢ •

(٢) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 116.

القانون وما يقرره من حقوق - لاثبات القيمة الاجتماعية والشخصية بالتالي لكل انسان حتى للمجنون أو الصغير غير المميز(١) . ولذلك تثبت للناس جميعا على قدم المساواة نفس الشخصية ، سواء كانوا كاملي العقل والادراك أو ناقصيه أو عديميه .

ولكن تساوى الناس فى ثبوت الشخصية لكل منهم دون تمييز ، لا يعنى أنهم سواء فى اكتساب نفس الحقوق(٢) . ولذلك ، فرغم اعتبار كل أفراد الناس أشخاصا ، الا أنهم يتفاوتون فى مدى ما لكل منهم - نتيجة شخصيته - من أهلية وجوب كما سبق البيان ، فتكون كاملة شاملة لكل الحقوق والواجبات أو الالتزامات عند البعض ، وناقصة قاصرة على بعض الحقوق والواجبات أو الالتزامات عند أفراد آخرين(٣) .

---

(١) أنظر بخاصة ، فى تأييد اثبات الشخصية للمجنون والصغير ونقد انكارها عليه :
Dabin, op. cit., pp. 117-128.

(٢) Dabin, op. cit., p. 117.

(٣) يثير نظام الرهبنة ، بما يفرضه من اعتبار الراهب ميتا بالنسبة الى العالم الدنيوى وغير صالح للتملك لنفسه وانما للدير الذى ينتمى اليه ، مشاكل تتعلق بتحديد مركز الراهب وحظه من ثبوت الشخصية أو انعدامها ، ومدى أهلية وجوبه اذا كانت الشخصية باقية له ، ومدى صحة تجرده من حقوقه واكتساب الدير لها بدلا عنه . وينبغى أن نقرر فى هذا الشأن أن مثل هذا النظام لا يمكن أن يعتبر صحيحا اذا كان القصد منه اسقاط الشخصية عن الراهب أو حصر أهلية وجوبه فى أضيق نطاق ، لأن قواعد الشخصية والأهليـة من القواعد المتعلقة بالنظام العـام التى يمتنع على الأفراد - بل وعلى عرف طائفى كعرف الرهبنة - اهدارها أو الخروج عليها (فى هذا المعنى : استئناف مصر ، ٩ ابريل ١٩٣١ ، المحاماة ، ١٢ ، ٣٦٥ - ٧٤٦) . ولكن ليس معنى ذلك اسقاط قواعد الرهبنة كليـا ، واعتبار الراهب - على نفس وضعه السابق قبل الترهب - صاحب كل ما يكتسبه من الحقوق وخاصة الحقوق المالية ، ذلك أن الراهب - بدخول الدير - يتبوأ وظيفة دينية معينة فيه ، تفرض تحديدا معينا لعلاقاته بالدير وتمييزا بين ما يكتسبه من حقوق مالية بصفته الشخصية فيكون له وبين ما يكتسبه بصفته أو وظيفتـه الدينية فيكون للدير . وليس فى اعتبار الدير صاحب طائفة الحقوق الأخيـرة ما يخالف قواعد القانون الوضعى ، ما دام اكتساب هذه الحقوق - رغم تحققه عن طريق الراهب - منظورا فيه الى وصف الراهب ووظيفته كنائب عن الدير أو ممثل له ، مما يوجب - والراهب لا يكتسبها لحساب نفسه - نسبتها الى الدير وايقاعها فى ذمته وحده .

وعلى هذا النحو ، يجب اعتبار الراهب شخصيا غير منقوصة أهلية وجوبه بسبب الترهب ، فيظل رغم الترهب وبعده - كما كان قبله - صالحا لأن يكون صاحبا للحقوق والالتزامات . وأما ما يكسبه الدير من حقوق عن طريقه ، فهو اكتساب مشروع ليس مرده انعدام شخصية الراهب أو نقص أهليه وجوبه وانما نيابته عن الدير أو تمثيله له فى هذا الاكتسـاب بحكم صفته =

واذا كانت الشخصية تثبت لكل انسان ، فهي تلازمه من ابتداء حياته الى حين وفاته . وهي ، في هذا المدى الزمني ، يكون لها ما يميزها - بالنسبة الى كل فرد عن بقية الأفراد الآخرين - من مميزات خاصة به ، وهي اذا كانت - كما رأينا - لا تتطلب ارادة معينة في الفرد لثبوتها له ، باعتبارها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق له أو عليه ، الا أن توليد الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو مباشرتها أو ترتيب الآثار القانونية بوجه عام قد لا يتحقق في بعض الصور الا نتيجة قدرة ارادية معينة عند الشخص . وتفاوت الأفراد الطبيعي في توافر مثل هذه القدرة ، لا بد مفاوت بينهم بالتالي من حيث مباشرة النشاط الارادي للشخصية أو « أهلية الأداء » ، فتتراوح هذه الأهلية - بتراوح قدر الارادة عند الأفراد - بين الانعدام والنقصان والكمال .

ومن ثم نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول - في مدة الشخصية .

المبحث الثاني - في مميزات الشخصية .

المبحث الثالث - في النشاط الارادي للشخصية أو أهلية الأداء .

= ووظيفته . ولذلك لا يكتسب الدير ما يؤول الى الراهب من حقوق بوصفه الشخصي ، بل تظل له وحده يرثها عنه أقربوه وورثته من بعده (في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، هامش «١» ص ٢٦٧ . - نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١ . - كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٧١٤ و ٧١٥ . - نقض ٣١ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض ، س ١٧ ع ٣ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١ ، حيث يؤكد هذا الحكم بأنه وفقا لنظام الرهبنة المتبع لدى بعض الطوائف المسيحية في مصر والتي اعترفت به الحكومة « لا تعدم الرهبنة شخصية الراهب ولا تمس أهلية وجوبه ، اذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وانما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهبنة ملكا للبيعة التي كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقا للأحكام الكنسية نائبا عن البيعة في تملك هذه الأموال » .

المبحث الأول
مدة الشخصية

٢٦٢ - تمهيد

ما دامت الشخصية تثبت لكل انسان باعتباره صالحا لوجوب الحقوق له أو عليه ، فالأصل أن تظل ملازمة له ما دام بقيد الحياة ، فتبدأ بولادته وتنقضي بوفاته • ولكن هذا الأصل غير مطلق ، اذ ثمة اعتبارات عملية تحتم الخروج عليه ، اما ببدء الشخصية قبل الولادة ، واما بانهائها دون تيقن من الموت الحقيقي • فنعرض فيما يلي على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها •

المطلب الأول
بداية الشخصية

الأصل أن تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا • غير أن القانون يخرج على هذا الأصل ، فيثبت من قبل الولادة للجنين أو الحمل بعض الحقوق ولكن بشرط تمام ولادته حيا من بعد •

٢٦٣ - ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا

تبدأ شخصية الانسان في الأصل بتمام ولادته حيا (م ٢٩ مدني) ، أي يشترط لبدء شخصيته : تمام ولادته من ناحية ، مع تحقق حياته عند الولادة من ناحية ثانية •

(١) **تمام الولادة** : كان المذهب الحنفي المعمول به في مصر ، يكتفي في هذا الصدد بخروج أكثر المولود من أمه دون اشتراط خروجه كله(١) • ولكن المشرع المصري - في قانون المواريث والوصية الصادرين سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٦ على التعاقب - عدل عن اتباع هذا الحكم ، وأخذ بحكم المذاهب الاسلامية

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «١» ص ٧١٨ •

الثلاثة الأخرى التى تشترط تمام الولادة بخروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما ، وهـذا أفضـل حسما للأمر وقطعا للمنازعـات • ثم أكد التقنين المدنى الحالى هذا الحكم من بعد ، بنصه على أن « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا » (م ٢٩) •

(٢) **تحقق الحياة عند تمام الولادة :** لا يكفى لثبوت شخصية المولود تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجا كاملا ، وانما ينبغى ـ فضلا عن ذلك ـ تحقق حياته فعلا عند تمام الانفصـال ، حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة • فالعبرة فى ابتداء الشخصية اذن ، تكون بتوافر الحياة فى المولود لحظة واحدة هى لحظة تمام الانفصال ، دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة • ومن الاعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققهـا : البكـاء والصراخ والشهيق • فان لم يظهر شىء من هـذه الأعراض ، كان للقاضى الاستهداء برأى أهـل الخبرة من الأطباء لتعزيز مدى تحقق حيـاة المولود وقت تمام الانفصال •

وهذا الحكم الذى يأخذ به القانون المصرى من الاكتفاء باشتراط تحقق الحياة فى المولود لحظة تمام الانفصال ، يفضل الحكم الذى يأخذ به القـانون الفرنسى من اشتراط قابلية المولود للحياة viabilité فضلا عن ذلك ، اذ من العسير فى العمل التثبت من هذه القابلية مما يفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات •

فاذا انفصل المولود اذن عن أمه انفصالا تاما وهو حى ، بدأت شخصيته ولو لم يكن قابلا للحياة • وأما اذا ولد ميتا أى وقع موته قبل تمام انفصاله ، لم تثبت له شخصية أصلا ، سواء كان موته طبيعيا أو بفعل فاعل •

وتثبت واقعـة الميلاد بالقيـد فى السجلات الرسمية المعـدة لذلك[١]

---

(١) ينظم هذا القيد فى مصر القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شـأن الأحوال المدنية (أنظر فى شرح أحكام هذا القانون عموما : عبد المنعم البدراوى ، المرجـع السابق ، فقرات ٤٢٨ ـ ٤٤٥ ، ص ٦٥٩ ـ ٦٧٨) •

ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل من هذا القيد ٠ ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات واقعة الميلاد ، اذ يقتصر دور الموظف المختص على مجرد قيد ما يقدم اليه دون التحقق من مضمونه ، فيظل اثبات واقعة الميلاد ـ وهى واقعة مادية ـ جائزا بكافة الطرق (م ٣٠/٢ مدنى) ٠ ولكن اثبات ما يتفرع عن هذه الواقعة من نسب ، يخضع لقواعد الأحوال الشخصية(١) ٠

٢٦٤ ـ مركز الجنين أو الحمل

اذا كان الأصل هو ابتداء شخصية الانسان بولادته حيا على النحو السالف بيانه ، فخروجا على ذلك يثبت القانون من قبل الولادة بعض الحقوق للجنين أو الحمل ، والى هذا أشارت المادة ٢/٢٩ من التقنين المدنى بقولها « حقوق الحمل المستكن يعينها القانون » ٠ فيثبت له فضلا عن النسب ، الحق فى الارث(٢) وفى الوصية(٣) وفى الافادة من الاشتراط لمصلحته(٤) ٠

ولما كانت الحقوق المتقدمة لا يتوقف ثبوتها على القبول ، فقد استخلص بعض الفقهاء من ذلك أنه ليست للجنين صلاحية لاكتساب الحقوق التى يتوقف ثبوتها على القبول ، ولذلك ذهبوا الى عدم جواز الهبة للجنين لأنها تنعقد بايجاب وقبول(٥) ٠

وهذا النظر مؤسس على القول بأن الولاية انما تبتدىء بالولادة ، فلا يوجد للجنين ولى يملك القبول عنه ٠ ولكن طالما أن المشرع المصرى أصبح يقرر اقامة وصى على الحمل المستكن(٦) فليس ما يبرر حرمان الحمل مما قد

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢١ ٠

(٢) م ٢ و ٤٢ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ٠

(٣) م ٣٥ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ٠

(٤) م ١٥٦ مدنى ٠

(٥) عبد الحى حجازى ، ص ٩٥ و ٩٦ (الهامش) و ٩٩ ٠ ـ شمس الوكيل ، ص ٣٩ ٠ ـ محمد سامى مدكور ، ص ٤٣ و ٤٤ ٠ ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، فقرة ٣٨ ، ص ٦٠ ٠ ـ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٥ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٠٢ ٠ ـ عبد المنعم البدراوى ، ص ٥٤٤ ـ ٥٤٦ ٠

(٦) م ١/٢٨ و ٢ ، و م ٢٩ من قانون الولاية على المال لسنة ١٩٥٢ ٠

يوهب له بدعوى توقف الهبة على القبول ، اذ يملك هذا الوصي حينئذ ـ بمقتضى ولايته عليه ـ القبول عنه(١) • وعلى هذا النحو ، يمكن تحديد صلاحية الجنين أو الحمل لاكتساب الحقوق ، في القانون المصري ، بما هو نافع له نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول وما لا يتطلبه ، اذ في حال تطلب القبول يملكه الولي أو الوصي نيابة عنه •

وبذلك تكون للحمل قبل الولادة شخصية خروجا على الأصل ، ولكنها شخصية لا تعطيه الا أهلية وجوب ناقصة أو محدودة(٢) ، لاقتصار صلاحيته أصلا على اكتساب ما ينفعه نفعا محضا من حقوق(٣) • غير أن هذه الشخصية غير باتة ، لتوقف استقرارها نهائيا على ولادته حيا • ولذلك فالشخصية والحقوق التي تثبت للحمل صلاحية اكتسابها قبل ميلاده ، تكون معلقة على تحقق ولادته حيا ، بحيث اذا ولد حيا اعتبر شخصا وصاحبا لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل(٤) ، واذا ولد ميتا فكأنه لم يكن ولم تتقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الارث والوصية الى أصله من التركة ويقسم بين ورثة المورث الأصلي ويرد كذلك الشيء الموهوب الى الواهب •

---

(١) أنظر في تفصيل ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٣ و ٧٢٤ •
وأنظر كذلك في نفس المعنى :
شفيق شحاته ، فقرة ٤٨ • ـ اسماعيل غانم ، ص ١٥٦ و ١٥٧ •

(٢) أنظر مع ذلك فيما يذهب اليه البعض ، نتيجة الخلط بين الشخصية وأهلية الوجوب ، من القول بأن شخصية الحمل كذلك ناقصة : عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٥٧ • ـ محمد سامي مدكور ، ص ٤٣ • ـ جميل الشرقاوي ، ص ٦٦ • ـ عبد الفتاح عبد الباقي ، ص ٦١ • ـ عبد المنعم البدراوي ، فقرة ٢٤٨ ، ص ٥٤٦ •

(٣) وتشمل كذلك ما قد يتفرع من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق له ، كتلك الناشئة عن ادارة أمواله أو بسببها (في هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٢ ، ص ٢٨٢ • ـ كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٥) •

(٤) يراعى أن اعطاء الجنين أو الحمل شخصية على هذا النحو وتأكيدها بولادته حيا على أساس اعتبار بدايتها منذ الحمل ، يشكك في صحة الأصل المقرر من أن شخصية الانسان لا تبدأ الا منذ ولادته حيا (أنظر في هذا المعنى : مصطفى أحمد الزرق ، نظرة عامة في الحق والالتزام ، ١٩٤٨ ، فقرة ١٠٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ ، مشار اليه في : عدنان القوتلي ، الوجيز في الحقوق المدنية ، ج ١ ، ١٩٦٠ ، هامش «١» ص ٤٢٣ • ـ منصور مصطفى منصور ، مذكرات غير مطبوعة في نظرية الحق ١٩٥٦ • ـ كتابنا سالف الذكر ص ٧٢٦ • اذ ما دامت الشخصية هي مجرد صلاحية لوجوب الحق أو الالتزام أيا كان مدى هذه الصلاحية ، وكان القانون يثبت ـ

المطلب الثاني
نهـاية الشخصـية

اذا كانت شخصية الانسان تلازم وجوده وحياته ، فمعنى ذلك أنهـا لا تنتهي الا بالموت • غير أن ثمة أحوالا قد يحوط الشك فيها وجود الانسان بحيث لا تعلم حياته من مماته كما هو الشأن في المفقود ، فان غلب احتمال موته على احتمال حياته ، جاز – رغم تخلف اليقين والدليل على الموت الحقيقي – الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالي • فكأن شخصية الانسان اذن لا تنتهي في الأصل الا بالموت الحقيقي ، ولكنها – استثناء – يمكن أن تنتهي كذلك بالموت الحكمي أو التقديري •

(١) نهاية الشخصية بالموت الحقيقي

٢٦٥ – انتهاء الشخصية بالموت وعدم امتدادها بعـده الى حـين الفراغ من تصفية التركة

اذا كانت الشخصية تلازم الانسان في حياته ، فمعنى ذلك أن انقضاءها رهن بموته ، ولذلك تقضي المـادة ١/٢٩ من التقنين المدني بأن شخصـية الانسان « تنتهي بموته » • وواقعة الموت – كواقعة الميلاد – تثبت بالقيد في السجلات الرسمية المعدة لذلك ، ويجوز لكل ذي شأن أن يستخرج صورة

= للجنين مثل هذه الصلاحية منذ الحمل ، فان تحقق ولادته حيا لا يحدد اذن بداية شخصيته فهي مبتدأة منذ الحمل ، وانما يؤكد استقرار هـذه الشخصية المبتدأة من قبل استقرارا باتا ونهائيا •

ونكن لتحقق هذه الولاية أثرا هاما آخر ، هو اعتباره بداية لاتساع أهلية وجوب الانسان بعد ما كانت عليه من قصور ونقصان وقت الحمل • فكأن تمام الولادة حيا شرط اذن لاستقرار ما كان ثابتا للانسان منذ الحمل من شخصية غير باتة ، وشرط كذلك لبداية اتساع مدى هـذه الشخصية أو أهلية الوجوب والخروج بها من دور القصـور والضمور • ولذلك قد يكون من الأصح القول بأن شخصية الانسان تبدأ منذ الحمل ، ولكنها لا تصـير باتة الا بولادته ، وأن أهلية وجوبه تكون ناقصة وقت الحمل ، ولا يبدأ اتساعها الا منذ الولادة (قارن مع ذلك : عدنان القوتلي : المرجع السابق ، هامش «١» ص ٤٢٣ – ٤٢٥) • وهذا يؤكد ما سبق أن قلناه من وجوب التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب (راجع سابقا ، فقرة ٢٥٩) ، فبينما تكون الشخصية ثابتة منذ الحمل ، لا تبتدىء أهلية الوجوب المتفرعة عنها في الاتساع الا بالولادة مع تحقق الحياة •

رسمية من هذا القيد · ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات واقعة الموت ، فيظل اثباتها ممكنا بكافة الطرق (م ٣٠/٢ مدنى) ·

واذا كانت الشخصية تنتهى بالموت على هذا النحو ، فان بعض فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فقهاء المالكية والحنفية(١) كانوا يذهبون الى ابقائها ممتدة امتدادا اعتباريا بعد الموت الى حين الفراغ من تصفية التركة وسداد ديون المتوفى ، وبهذا المعنى كانوا يؤولون القاعدة الشرعية المعروفة « لا تركة الا بعد سداد الديون » · وما يزال هذا الرأى يجد له الى اليوم أنصارا عند بعض الفقهاء المعاصرين(٢) · وهم يسندونه — كما كان يفعل الحنفية — بقوله تعالى فى أكثر آيات المواريث عقب تحديد فرائض الورثة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » · ويسندونه — فضلا عن ذلك — بسند من النصوص الوضعية التى تقضى بأولوية الوفاء بالتزامات التركة ثم توزيع الباقى بعد ذلك على الورثة (٨٩٩ مدنى) ، مما يعنى عندهم أنه لا تملك للوارث الا بعد سداد الديون ، وهو ما يوجب — والتركة بحقوقها وديونها لا تكون قبل هذا السداد على ملك الوارث بعد — ضرورة اعتبارها على ملك المتوفى نفسه ، وهو ما لا يتأتى الا بافتراض بقاء شخصيته رغم موته وامتدادها حتى تصفية تركته ·

ولكن هذا الرأى يخالف صريح نص المشرع المصرى على أن « شخصية الانسان ··· تنتهى بموته »(٣) ، وعلى أنه « يستحق الارث بموت

---

(١) راجع فى ذلك :

أحمد ابراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ص ٣٧٠ · — على الخفيف ، مدى تعلق الحقوق بالتركة ، المرجع السابق ، س ١٢ ، ص ١٥٧ وما بعدها · — محمد كامل مرسى ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرات ٩٤ و ٩٥ · — عمر عبد الله ، أحكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٥٦ ، ص ٣٠ — ٣٢ · — حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها (على الآلة الناسخة) ، ج ٢ ، ١٩٦٩ ، ص ٢٥٥ — ٢٥٧ ·

(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٤٥ · — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ ·

(٣) م ١/٢٩ مدنى ·

المورث » (١) • وفضلا عن مخالفة النصوص الوضعية على هذا النحو ، يقوم هذا الرأى على افتراض غير مقبول ، هو افتراض حياة الشخص رغم موته • وليس من حاجة أو ضرورة تدعو الى هذا الافتراض الصارخ فى مخالفة الطبيعة والقانون ، لأن الغرض من هذا الافتراض - وهو حفظ حقوق دائنى المتوفى وتحديد مسئولية الوارث عما تركه المتوفى من ديون - يمكن تحقيقه عن طريق آخر واقعى يغنى عن هذا الطريق الافتراضى • وقد سبقت الاشارة الى هذا الطريق ، عندما قلنا انه بوفاة الشخص تنقضى شخصيته فتؤول ذمته - بحقوقها وديونها - الى الوارث فور الوفاة دون أن تختلط بذمته الأصلية ، بحيث تتخصص هذه الذمة الموروثة - رغم اسنادها الى الوارث - بغرض معين هو تصفيتها بسداد ديونها من حقوقها •

وليس فى استناد هذا الرأى أخيرا الى الآية الكريمة والنص التشريعى الذى يقيد عدم توزيع شىء من التركة على الورثة الا بعد الوفاء بالتزاماتها ما يعززه(٢) ، اذ هو يحملهما ما لا يقصدان • فليس القصد مما يقررانه من أنه « لا تركة الا بعد سداد الديون » أنه لا ملكية للوارث الا بعد هذا السداد ، وبالتالى تبقى شخصية المتوفى قائمة بعد وفاته وذمته مسندة اليه حتى هذا السداد • وانما القصد منهما فحسب أن لا ملكية خالصة للوارث الا بعد سداد الديون • ويعنى ذلك أن الوارث وان كان يتملك أعيان التركة فور وفاة المورث لاستحالة اعتبارها على ملكه نظرا لانقضاء شخصيته بالوفاة . الا أن هذه الأعيان تظل مشغولة بما لدائنى المتوفى من ديون ، فلا تخلص للوارث ملكيتها خلوصا نهائيا كاملا الا بعد تخليصها مما يثقلها من هذه

(١) المادة الأولى من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ •

(٢) ونص المادة ٨٩٩ مدنى المذكور لم يرد الا بصدد نظام التصفية الجماعية الذى يتولى فيه المصفى كل شئون التركة وتكون كل أعيان التركة وأموالها موضوعة فى فترة التصفية تحت يده لا تحت يد الورثة رغم بقائها على ملكيتهم • ولذلك يكون مفهوما عند فراغ المصفى من الوفاء بديون التركة من أموالها الموجودة تحت يده أن يصبح المتبقى من هذه الأموال حقا خالصا يؤول الى الورثة بحيث يجب على المصفى تسليمه الى أصحابه ، وهذا ما دعا المشرع الى وضع النص المذكور تحت عنوان « تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال » (أنظر : دروسنا سالفة الذكر ، ج ٢ ، ص ٢٦٠) •

الديون . وهذا مصداق ما قلناه من انقضاء شخصية المورث بالموت ، وأيلولة ذمته الى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية وسداد الديون .

ورفض امتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ، هو كذلك الرأى الذى يذهب اليه كثير من فقهاء الشريعة الاسلامية(١) ، ويستقر عليه جمهور فقهاء القانون المصرى(٢) اليوم .

وعلى ذلك نخلص مما تقدم الى أن شخصية الانسان تنتهى حتما بموته ، فلا تمتد ـ ولو امتدادا اعتباريا ـ بعد هذا الموت .

(٢) نهاية الشخصية بالموت الحكمى او التقديرى

اذا كان الأصل أن الشخصية تنتهى بالموت الحقيقى اليقينى ، الا أن ضرورات العمل فى بعض الأحوال التى يفقد فيها الشخص دون أن يكون فى الامكان اقامة الدليل على موته ـ رغم رجحان احتمال وفاته على احتمال حياته – تفرض الحكم باعتباره ميتا أو اصدار قرار بذلك ، وانهاء شخصيته بالتالى ، ولكن هذا الحكم أو القرار قد ينقضه من بعد ظهور حياة المفقود.

---

(١) أنظر فى الاشارة الى رأى هؤلاء الفقهاء وهم جمهور الشافعية والحنابلة : أحمد ابراهيم . المقالة السابقة . ص ٣٧١ وما بعدها . ـ محمد كامل مرسى . المرجع السابق . فقرة ٩٦ . ـ عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣٢ و ٣٣ . ـ دروسنا سالفة الذكر ، ج ٢ ، ص ٢٥٦ .

ويستند هؤلاء الفقهاء الى حديث « من ترك مالا أو حقا « فلورثته » . والى أن الموت سبب للتوريث وانتقال ملكية أعيان التركة الى الورثة ، فيجب أن تتحقق هذه النتيجة فور حدوث السبب أى فور الوفاة . اذ الأمور لا تتراخى عن أسبابها ، والى أن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك كما هو الشأن فى حق الدين الراهن والمدين المفلس .

(٢) شفيق شحاته ، فقرة ٥٢ . ـ محمد سامى مدكور ، ص ٤٩ . ـ اسماعيل غانم ، ص ١٥٧ . ـ محمد على عرفة ، أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرة ٣٩١ . ـ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٤ ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٩٢ ، ص ٣٥٥ . ـ عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٣٥٠ ، ص ٥٤٨ . ـ كتبنا سالف الذكر ، ص ٧٢٩ و ٧٣٠ . ودروسنا (على الآلة الناسخة) فى مصادر الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٦٤ ، ص ٣٣ ـ ٣٧ .

وقارن مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء ـ مع رفضهم القول بامتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ـ من اعتبار التركة شخصا معنويا يتملك أموال المتوفى ويلتزم بديونه حتى تسدد : عبد الفتاح عبد الباقى . فقرة ٣٩ (أنظر فى مناقشة هذا الرأى ورفضه : كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٧٣٠) .

فنعرض فيما يلى للحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا موتا حكميا أو تقـــديريا. ولأثر هذا الحكم أو القرار ، ثم لما قد يحدث بعده فى بعض الأحوال من ظهور حياة المفقود.

٢٦٦ ـ الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا وانهاء شخصيته انهاء تقديريا

يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذى انقطعت أخباره ، فلا يدرى مكانه ولا تعلم حياته من مماته • فهـذا الشخص قد يغلب احتمال موته احتمال حياته ومع ذلك لا يمكن اقامة دليل يقينى على موته ، فلا يكون من الصالح ترك أمره معلقـــا وشخصيته ممتدة الى ما لا نهـاية ، بل يجب حسم مركزه الغامض بالترخيص للقاضي في الأصل أو للجهة الادارية المختصة استثناءاً باعتباره ميتا ، بحيث تنقضي شخصيته بالموت التقديري لا بالموت الحقيقي خلافا للأصل فى انتهاء الشخصية.

وقد أخذ المشرع المصرى بذلك ، فأحال فى المادة ٣٢ من التقنين المدنى في شأن المفقود على الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فان لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية • والواقع أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ـ وهو مأخوذ عن فقه الشريعة الاسلامية دون تقيد بمذهب بعينه من مذاهبه(١) ـ سبق أن نظم أحكام المفقود : إذ كان يخول للقاضي الحكم بموت المفقود اعتباريا بعد أربع سنين من تاريخ الفقد إذا كان الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك، وكان يفوض القاضي في تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها فى غير ذلك من الأحوال (م٢١). وقد عدل المشرع أخيراً هذا النص بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ الذى خول الجهة الادارية المختصة استثناءاً سلطة تقرير اعتبار المفقود ميتا بعد مضي سنة على الفقد فى بعض حالات محددة من أحوال الفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك. وعلي هذا النحو ، ففي الامكان انهاء شخصية المفقود ـ رغم عدم التيقن من موته – بحكم قضائي فى الأصل (أو بقرار ادارى استثناءاً) يصدر باعتباره ميتا موتا تقديريا فى حالتين :

(١) **حالة غلبة الهلاك** : اذا كانت غيبـة المفقود واختفـاؤه في ظروف يغلب عليه فيها الهلاك ، كما اذا حصل الفقد فى حرب أو كارثة كزلزال أو بركان او فيضان أو حريق ، فان المشرع يأخذ هذا الاحتمال الغالب بالهلاك

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، متن ص ٧٣١ ، وهامش «١» و «٢» ص ٧٣١ ـ ٧٣٢ •

_ اذا ترجح بمضى أربع سنوات على الفقد _ أمارة وقرينة على وفاة المفقود ، فيكون للقاضى أخذا بهذه القرينة القانونية _ بناء على طلب ذوى الشأن ، وبعد التحرى بجميع الطرق الممكنة _ الحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضى هذه المدة .

واذا كان الأصل أن القاضي هو الذي يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات علي الفقد في حال غلبه الهلاك، فاستثناءاً من ذلك يخول المشرع لرئيس مجلس الوزراء سلطة اصدار قرار باعتبار المفقودين موتي بعد مضي سنة من تاريخ الفقد في احدى حالتين : حالة من كانوا موجودين على ظهر سفينة غرقت ، وحالة من كانوا موجودين علي متن طائرة سقطت. وكذلك يخول المشرع لوزير الدفاع سلطة اصدار قرار باعتبار المفقودين من أفراد القوات المسلحة موتي بعد مضي سنة من تاريخ الفقد إذا كان فقدهم أثناء العمليات الحربية(١) (م٢/٢١و٣ معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢). والاستثناء في هذه الأحوال ذو شقين : فهو أولا استثناء من السلطة الأصلية التي تملك اعتبار المفقود ميتا، إذ تؤول سلطة القاضي الأصلية في ذلك إلي الجهة الادارية المختصة وهي رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال. وهو ثانيا استثناء من المدة الأصلية التي يمكن اعتبار المفقود ميتا بعدها فى أحوال غلبه الهلاك، إذ بدلا من الأربع سنوات الأصلية التى لايجوز الحكم باعتبار المفقود ميتا إلا بمضيها ، تصبح المدة سنة واحدة من تاريخ الفقد (٢). وأحوال الفقد التي ورد بشأنها الاستثناء أحوال محددة محصورة ، فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها حسب ماتقضي به أصول التفسير للنصوص الاستثنائية الواردة علي خلاف الأصل.وكذلك فان سلطة الاستثناء محصورة في رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال فلا يجوز لأحد آخر غيرهما إعمال الاستثناء . وعلى أي حال ، فقد قصد المشرع بالاستثناء _ وأحواله المحددة المحصورة لاتحتمل التردد فى اعتبار المفقود فيها ميتا _ حسم الأمور وعدم تركها معلقة مدة طويلة ، وذلك على نحو يوفر حماية فعالة وسريعة لحقوق أهل المفقود وذوي الشأن.

(١) كان القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨، المعدل للمادتين ٢١ و ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يقرر ذات السلطة لوزير الحربية (حينذاك) ولكن بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد.

(٢) يثور التساؤل عن مدي السريان الزماني لحكم الاستثناء الذى استحدثه القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ في شأن حالات الفقد المشمولة بالاستثناء التي وقعت قبل نفاذ القانون المذكور. وقد وضع هذا القانون حكما وقتيا في هذا الشأن، قضي فيه بأن تسري أحكامه علي من سبق فقده في أي من الحالات المستثناة ومضي علي هذا الفقد سنة علي الأقل من تاريخ العمل بهذا القانون أي تحسب السنة اعتبارا من تاريخ ٢ من يونيه سنة ١٩٩٢.

وقد نص المشرع على أن قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع ، بحسب الأحوال ، يقوم - في أحوال الاستثناء المذكورة - مقام الحكم القضائي بموت المفقود (م٣/٢١ معدلة) ، على أن يتم نشر القرار في الجريدة الرسمية ، وتترتب على القرار من تاريخ نشره مايترتب علي الحكم القضائي من آثار (م٢٢ معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢).

(٢) حالة عدم غلبة الهلاك : اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه في ظروف لايغلب فيها هلاكه ، كمن سافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ، ثم انقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته ، فان الأمر متروك الي القاضي يستخلص من قرائن الأحوال المدة التي يترجح بانقضائها احتمال موت المفقود علي احتمال حياته، « علي أن لا تقل (هذه المدة) عن أربع سنوات» (م٣/٢١؛ معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢)(١)، وهي المدة الدنيا التي لايجوز الحكم قضائيا بموت المفقود قبل فواتها في حالة غلبة الهلاك ، وذلك بعد التحري بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى تعرف مصيره.

٢٦٧ - أثر الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا

اذا حكم باعتبار المفقود ميتا، أو صدر قرار بذلك وتم نشره، فان المفقود يأخذ في الأصل اعتبارا حكم الميت موتا حقيقيا وتنتهى شخصيته بالتالي من تاريخ صدور هذا الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية. ولكن هذا الأصل غير مطلق، بل يرد عليه استثناء يقضي باعتبار المفقود ميتا - في حالة معينة - من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم أو نشر القرار. فنعرض لبيان الأصل والاستثناء فيما يلي :

(١) اعتبار المفقود في الأصل ميتا من تاريخ الحكم أو نشر القرار : الأصل أن الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا حكم أو قرار منشيء لهذا الموت الاعتباري وليس كاشفا له. ولذلك فان أثره من انهاء شخصية المفقود ومعاملته معاملة الميت الحقيقي، لا يتحقق الا من تاريخ الحكم أو تاريخ نشر القرار وليس قبله. وتتفرع عن ذلك نتيجتان هامتان ، هما :

(١) تظل شخصية المفقود قائمة قبل صدور الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتا، ولكنها تكون شخصية احتمالية، فيعامل في الفترة من تاريخ الفقد الي صدور الحكم أو نشر القرار على هذا الأساس. فتبقي أمواله علي ملكه ، ولكن يعين وكيل أو

---

(١) كان هذا هو ما رجحناه قبل صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ رغم عدم تصريح المشرع بذلك حينئذ.

قيم للمحافظة عليها وادارتها وتولى شئونه (م ٧٤ ـ ٧٦ من قانون الولاية على المال) . وتظل زوجته على حكم الزواج منه ، الا أن يقضى القاضى ـ بناء على طلبها ـ بالتطليق أو التفريق(١) لتضررها من غيبته . ويوقف له نصيبه المستحق له من ميراث أو وصية (م ٤٥ من قانون المواريث) ، حتى يستبين مصيره .

(٢) تنتهي شخصية المفقود ابتداءاً من تاريخ صدور الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتا ، ويعامل من هذا التاريخ معاملة الميت موتا حقيقيا . فتنقضى فى الأصل الرابطة الزوجية التى تربطه بزوجتـه ، بحيث يحل لها الزواج من غيره(٢) بعـد انقضاء عـدة الوفاة(٣) . وتفتح تركته ، وتوزع أمواله على ورثته **الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية (٤)، ولاشيء لمن مات منهم قبل الصدور أو النشر.**

٣) معاملة المفقود ـ استثناءاً ـ معاملة الميت من تاريخ الفقد فى شأن الموقوف له من ارث أو وصية : كان مقتضى الأصـل المقرر ، وهو انتهـاء شخصية المفقود واعتبـاره ميتا من **تاريخ صدور الحكم أو نشر القرار بذلك، أن يدخل** النصيب الموقوف له من ارث أو وصية ـ لاستحقاقه حال فقده ـ فى تركته ، ويوزع ـ كباقى أمواله ـ على ورثته الموجودين وقت هذا الحكم أو نشر القرار . ولكن المشرع المصرى يخرج على الأصل ، فيقرر رد هذا النصيب الى من يستحقه من ورثة المورث أو الموصي الموجـودين وقت موت المورث أو الموصى (٥) ليوزع فيمـا بينهم . ويعني ذلك معاملة المفقود ـ في شأن هذا النصيب ـ كما لو كان ميتا من تاريخ الفقد ، لا من تاريخ الحكم أو نشر القرار بموته (٦) . ويبرر ذلك بأن حياة المفقود

---

(١) يحكم القاضى ـ بناء على طلب الزوجة ـ بالتطليق اذا غاب الزوج سنة أو أكثر بلا عذر مقبول . ولو كان له مال تستطيع الزوجة الانفاق منه (م ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) . أما لدى الأقباط الأرثوذكس المصريين ، فلا يحكم القاضى بالتطليق الا باستمرار الغيبة خمس سنوات متوالية (أنظر : توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، ص ٨٤٣ ـ ٨٤٥) .

(٢) ما لم تمنع قواعد الأحوال الشخصية لبعض الطوائف غير الاسلامية من ذلك

(٣) م٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢.

(٤) م٢٢ المذكورة ، معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢.

(٥) م ٤٥ من قانون المواريث لسنة ١٩٤٣ .

(٦) ولذلك يقال ان المفقود يعامل فى فترة الفقد معاملة الميت فى حق أو مال غيره أى فى شأن الحقوق التى تضر غيره ، على خلاف المقرر من معاملته معاملة الحى فى حق نفسه أو ماله أى فى شأن الحقوق التى تضره هو . واختلاف الحكم على هذا النحو المقرر فى القانون المصرى يوافق

طوال فترة الفقـــد ليست الا مجرد حيـــاة احتماليـــة ، لا تكفى لتوريثه او استحقاقه وصية من غيره ، حيث الشرط لاستحقاق الارث أو الوصية تحقق حياة الوارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصى(٣) .

٢٦٨ ـ ظهور حياة المفقود

لما كان الحكم أو القرار بموت المفقود هو حكم أو قرار اعتباري لاحقيقي ، فالأصل أن يسقط هذا الحكم أو القرار هو وآثاره اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، لكن على أن لايضر هذا السقوط بحقوق الغير ، وذلك على النحو الآتي :

(١) فى شأن الرابطة الزوجية : الأصل أنه اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فتعود زوجته اليه ، وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة كأن لم تنحل بمقتضى الحكم أو القرار باعتباره ميتا ، ولكن قد تكون زوجته تزوجت من غيره بعد هذا الحكم أو نشر القرار ، مما يوجب الترجيح بين حق الزوج الأول عليها وحق الزوج الثـــانى . وقد غلب المشرع المصرى حق الزوج الثانى اذا كان حسن النيـــة لا يعلم بحياة المفقود ، وقد وقع زواجه صحيحا بعد انقضاء عدة وفاة المفقود ، وتم بمقتضاه الدخول بزوجة المفقود فعلا ، بحيث اذا توافرت هذه الشروط لا تعود الزوجة الى المفقود بعد ظهوره . اذ نصت المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه « اذا جاء المفقود أو لم يجىء وتبين أنه حى ، فزوجته له ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول . فان تمتع الثانى بها غير عالم بحياته ، كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول »(١) .

= مذهب الحنفية والمالكية . ولكننا نفضـــل رأى الشافعية والحنابلة فى اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بموته فى كل الأحوال ، سواء بالنسبة لما يضره كارث الغير منه أو لما يضر غيره كارثه من الغير . اذ من الواضح أن الأصل فى الانسان الحى استمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس ، سواء كان دليلا يقينيا بالموت الحقيقى ، أو دليلا حكميا بالموت الاعتبارى . ولذلك يكون الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا حكما منشئا لا كاشفا لموته الاعتبارى ، مما يوجب عده من الأحياء قبل صدور الحكم وعدم احتسابه من الأموات الا من تاريخ صدوره ، دون تفرقة فى ذلك بين ما يضره وبين ما يضر غيره من الحقوق . والقول بغير ذلك واحتساب المفقود ميتا من تاريخ فقده فى شأن ما يضر غيره من الحقوق ، معناه قلب الأصل واعتبار المفقود ميتا حتى يثبت العكس . واعطاء الحكم باعتبار المفقود ميتا بالتالى صفة كاشفة ليست له (راجع فى تفصيل هذا الانتقاد . كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٧٣٤ ـ ٧٣٥) .

(٣) عمر عبد الله ، المرجع السابق ، هامش ص ٢٢٧ .

(١) أنظر مع ذلك فى انتقاد هذا النص :
احمد غانم . ص ١٦٠ .

ولكن اذا لم تتوافر الشروط التي يتطلبها المشرع لتغليب حق الزوج الثاني ، فتعود زوجة المفقود اليه . ويتحقق ذلك اذا وقع عقد الزواج الثاني في عدة الوفاة التقديرية للمفقود اذ يكون الزواج باطلا ، أو وقع بعد انقضاء العدة ولكن عاد المفقود قبل تمام الدخول اذ صلة الزوجية لم تصر واقعية بعد ، أو وقع بعد انقضاء العدة وتم الدخول قبل عودة المفقود ولكن كان الدخول عن علم من الزوج الثاني بحياة المفقود اذ لا ينفعه سوء قصده فيكون مردودا عليه .

(٢) **في شأن الأموال :** اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فالأصل أن له استرداد أمواله التي وزعت على ورثته ، واسترداد النصيب الذي كان مستحقا له من ارث أو وصية والذي ارتد بعد الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتا الي ورثة المورث أو الموصي . ولكن خروجا على هذا الأصل ، يمتنع على المفقود استرداد ما استهلكه الورثة من هذه الأموال أو هذا النصيب أو ما تصرفوا فيه الى الغير ، فلا يكون له الا استرداد الباقي في أيديهم فحسب . وهذا الحكم الاستثنائي مقرر رعاية لحق الورثة ولحق الغير ، فالورثة انما ملكوا أموال المفقود وأذنوا بالتصرف فيها بمقتضى سند شرعي هو الحكم أو القرار الصادر باعتبار المفقود ميتا ، فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا اليه بالتالي(١) .

---

(١) في هذا المعنى :

عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية . الطبعة الثانية ، ١٣٨ ، ص ٢٦٢ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ ، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ٤٦٢ .

المبحث الثـانى

مميزات الشخصية

٢٦٩ - تمهيـــد وتقسيم

لشخصية الانسان علامات معينة تصـاحب الانسان وتتيح تمييزه عن غيره . وهـذه العلامات أو المميزات يردها الفقه الى ثلاث : الحالة التى تحـدد مركزه الأساسى بالنسبة الى الدولة والأسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم الذى يتيح التعرف على ذاته ، والموطن الذى يتيح العثور على مكانه .

فنعرض لكل من هذه المميزات فى مطلب على التوالى .

المطلب الأول

الحـــالة

L'état

٢٧٠ - تحديد الحالة(١)

من أكثر الاصطلاحات القـــانونية ابهاما وعموما اصطلاح « الحـالة » ، فالتعريفات الجارية له واســـعة مرنة تسمح بصرفه الى مدلولات مختلفة مما يشيع الخلط بين الحالة وبين غيرها من الأفكار المشابهة أو المقاربة .

ولن ندخل فى تفصيل هذه التعريفات أو أصل فكرة « الحالة » وتطورها القانونى(٢) ، بل يكفى - فى سبيل ضبط اصطلاح «الحالة» وتحديد مدلوله -

---

(١) أنظر فى ذلك بصفة خاصة :

Capitant, op. cit., No. 111. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 13. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 462. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 335.

(٢) أنظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٧ و ٧٣٨ .

الابتـــداء بالمسلم فى الفقه من حصر نطاقه فى المركز الوطنى أو السـياسى والمركز العائلى أساسا والمركز الدينى أحيانا ، ثم ملاحظة أمرين فى شأنه : الاول ، أن هذه المراكز تنشأ للانسان وتتحدد بالميلاد منذ ابتداء الشخصية ، مما يعنى أنها أساسية وضرورية لها ، وهو ما يجعلها ـ رغم ما قد يطرا على عناصرها من تغيير ـ ملازمة للشخصية طوال امتدادها(١) ٠ والثـانى ، أن اهتمام القانون بالنظر الى الانسان بوصفه عضوا فى جماعة سياسية نظامية هى الدولة وجماعة عائلية هى الأسرة وأحيـــانا فى جماعة أو مجموعة دينية كالجماعة أو المجموعة الاسلامية أو المسيحية ، مرده الى ما لكل هذه الجماعات أو المجموعات من قيمة اجتماعية أساسية كدعامة من دعامات المجتمع ، بحيث يعتبر تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء اليها مسألة أولية يجب الفصل فيها ابتداء لتحديد حقوقه أو التزاماته من بعد على ضوء ذلك ٠ ومن هنـــ نستطيع تحديد الحالة بأنها ما يلازم الشخصية من مركز للفرد كعضـــو فى الجماعات أو المجموعات ذات القيمة الاجتماعية الأساسية(٢) . وهو ما يجعل منها حجر الأساس لما يثبت للأفراد بناء عليها من حقوق والتزامات تختلف بينهم باختلاف حالاتهم ٠ وعلى هذا النحو ، تتيح الحـــالة تحديد مدى أهلية وجوب الفرد ضيقا أو اتساعا ، مما يعنى وجوب التمييز بين الحـالة وأهلية الوجوب(٣) واعتبار الثـــانية مؤسسة على الأولى ومحددة بها ٠ وأما أهلية الأداء فتحددها كما سنرى عناصر ـ كالعقل والارادة ـ لا شأن لهـا بالحـالة ولا تأثير لها عليها فى الأصل(٤) ٠

واذا كانت الحالة تعنى المركز الملازم للفرد باعتباره عضوا فى جماعة أو

---

(١) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, t. I, No. 52, p. 303. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 13, 16. — Capitant, No. 111, p. 154.

(٢) كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٣٩ ٠

(٣) أنظر فى ذلك :

Aubry et Rau, t. I, No. 52, p. 304, note (3) — Capitant, p. 152, note (8).

(٤) فى هذا المعنى :

Josserand, op. cit., t. I, No. 244. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 466.

مجموعة ذات قيمة اجتماعية أساسية ، فان نطاق الحالة قد يتفاوت اذن بتفاوت النظر الى هذه القيمة ونسبيتها فى الشرائع المختلفة . ولذلك كانت الحالة فى القانون الرومانى تشمل مركز الفرد من الحرية بانتمائه الى مجموعة الأحرار أو الأرقاء ، وهى تشمل حتى فى بعض الشرائع الحديثة المركز العنصرى للأفراد بانتمائهم الى مجموعة جنس من الأجناس(١) . ولكن الانتماء الى مجموعة الدولة والأسرة كان دائما من عناصر الحالة فى مختلف الشرائع ، ويعتبر القانون المصرى - بالاضافة الى ذلك - الانتماء الى الدين من هذه العناصر . فنعرض لهذه العناصر الثلاثة فيما يلى :

(١) الحالة السياسية أو الجنسية

٢٧١ - أهمية الحالة السياسية

يقصد بالحالة السياسية مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معينة وارتباطه بها - كعضو من أعضائها - برابطة التبعية والولاء أو ما يسمى الجنسية La nationalité .

وللحالة السياسية أو الجنسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانونى . فالأصل أن الأجانب يحرمون من التمتع ببعض الحقوق التى يتمتع بها الوطنيون ، ويعفون من بعض الواجبات التى تقع على كاهل الوطنيين . فليس للأجانب مثلا حق التمتع بالحقوق السياسية ، كحق الترشيح أو الانتخاب فى المجالس النيابية ، وحق تولى الوظائف العامة . وهم يعفون مثلا من أداء واجب الخدمة العسكرية الذى يلزم به الوطنيون وحدهم . وحتى فيما يتعلق بالحقوق المدنية ، قد يضيق مدى تمتع الأجانب بها ومدى نشاطهم القانونى عما يكون مسموحا به للوطنيين فى شأنها . فكثير من التشريعات تحرم الأجانب من حق تملك العقارات عامة أو الأراضى الزراعية خاصة ، أو تحظر عليهم امتهان مهن حرة معينة كالطب والمحاماة . غير أنه ينبغى أن يراعى ألا يكون اختلاف الحالة السياسية أو

---

(١) Colin, Capitant et De la Morandière, t. I, p. 123, note (2) — Mazeaud, t. I, No. 465. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 393.

الجنسية بين الأشـــخاص سببا للحرمان من الحريات والحقوق الضروريه في الحياة ، فيوجد حد أدنى من الحريات والحقوق - هي عادة الحريات العامة أو الحقوق الملصـــيقة بشخصية الانسان وكل الحقوق اللازمه للحياة الطبيعيـــة العادية - تقضى قواعد القـــانون الدولى العام بوجوب توفيرها وكفالتهـــا للأجانب ٠

٢٧٢ - الجنسية الأصيلة والجنسية الطارئة(١)

والحـالة السياسية أو الجنسية ، اما أصيلة أو أصلية للشخص بسبب ميلاده ومنذ هذا الميلاد ، واما مكتسبة أو طارئة تثبت لشخص من بعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد ٠

أما **الجنسية الأصيلة** ، فاما أن تفرض على أســـاس رابطة أو حق الدم **(Jus sanguinis)** ، واما أن تفرض على أســـاس رابطة أو حـــق الاقليم **(Jus soli)** ٠ ومعنى فرض الجنسية على أساس رابطـة الدم ، اعطاء الولد جنسية أبيه أساسا أو جنسية أمه أحيانا ٠ ومعنى فرضها على أساس رابطة الاقليم ، اعطاء جنسية الدولة لمن يولد على اقليمها ٠ وظاهر أن الاســـاس الأول القائم على وحدة الأصل هو الطبيعي والاقوى بالقياس الى الأساس الثانى القائم على وحدة الاقليم ، ولذلك فان الالتجاء الى الأساس الثـانى فى فرض الجنسية الأصلية يكون عادة فى الدول التى لا يسعفها أساس وحدة الأصـل فى تكثير رعاياها ٠

ويأخذ المشرع المصرى كقاعدة عامة برابطة أو حق الدم كأساس لفرض الجنسية، بحيث يعتبر مصريا كل من ولد لأب مصرى (م ٢ / ١ من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥) . وذلك بصرف النظر عن محل ميلاده داخل مصر أو خارجها ، ولكنه يأخذ فى حالات خاصة برابطة أو حق الاقليم، فيقرر مثلا اعطاء جنسية الدولة لمن يولد فى مصر من

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Niboyet, Traité de droit international privé français, 3e. éd., t. I, 1947, Nos. 88 - 119.

أبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط في مصر مولودا فيها مالم يثبت العكس (م ٢ / ٤ من قانون الجنسية).

وأما **الجنسية الطارئة** بعد الميلاد ولغير سببه ، فهي التي تكتسب عادة عن طريق الزواج أو التجنس · فكثير من الشرائع يقر اكتساب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها اما اكتسابا مطلقا أو مشروطا ، ويأخذ القانون المصري بفكرة الاكتساب المشروط (م ٧ من قانون الجنسية) . وتبيح كل الشرائع، ومن بينها القانون المصرى جواز منح الجنسية الى الأجانب بناء على طلبهم اذا توافرت شروط معينة · فيكتسبونها اذن بالتجنس (م ٤ و ٥ من قانون الجنسيه) · ولكن الغالب أن لا يتمتع المتجنس فور تجنسه بكل حقوق الوطنيين ، فيحرم عليه التمتع ببعضها ــ وخاصة الحقوق السياسية ــ طوال فترة معينة من تجنسه ، وكذلك الشأن فيمن يكتسب الجنسية بالزواج (م ٩ من قانون الجنسية). ·

(٢) الحالة العائلية أو القرابة

يقصد بالحالة العائلية مركز الشخص فى أسرة معينة كعضو فيها تربطه بباقى أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل ، وقد تربطه بأعضاء أسر أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهرة

٢٧٣ ــ قرابة النسب

يقصد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك (م ٣٤ مدنى) سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواش · **والقرابة المباشرة** هى التى تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحدة الدم ، أى هى « الصلة ما بين الأصول والفروع » (م ٣٥/١ مدنى) · أما **قرابة الحواشى** ، فهى الصلة التى تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودى بينهم ، أى دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر (م ٣٥/٢ مدنى) · وعلى ذلك فالقرابة بين كل من الابن والأب (أو الأم) والجد قرابة مباشرة · اذ الأول فرع للثانى ، والثانى فرع للثالث · بينما تعتبر قرابة حواش : القرابة بين الأخ وأخيه ، وبين الشخص وعمه أو عمته أو أبناء عمه أو عمته ، أو بين الشخص وخاله أو خالته أو أبناء أخواله وخالاته ،

فانه ان كان هنـــاك أصل مشترك يجمعهم • الا أنه ليس أحـــدهم فرعا أو أصلا للآخر •

ويراعى فى حساب درجات القرابة بنوعيها وجوب اسقاط الأصـــل أو الأصل المشترك (على حسب الاحوال) دائما ، واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة (م ٣٨ مدنى)(١) • ففى القرابة المباشرة ، يعتبر الابن فى الدرجـــة الأولى من القرابة لأبيه أو لامه ، لأن الابن فرع وهـــذه درجة والأب أو الأم أصل فلا يحسب درجة ، وكذلك يعتبر ابن الابن فى الدرجة الثانية من القرابة لجده (أو جدته) ، اذ يحسب ابن الابن درجة والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتان ، ولا يحسب الجد (أو الجدة) باعتبـــاره أصلا • وفى قرابة الحواشى يعتبر الأخ فى الدرجة الثانية لأخيه . اذ هو درجة باعتباره فرعا ، والأب لا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين الأخوين ، والأخ الآخر يحسب درجة لانه فرع • وكذلك يعتبر ابن العم قريبا من الدرجة الرابعة : فهو فرع فيحسب درجـــة ، ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الآخر ، ثم الجـــد ولا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين أبناء العم ، ثم ينزل الى الأب من ناحية الفرع الآخر فنحسبه درجة ، ثم ابنه فيحسب درجة كذلك ، فتلك اذن أربع درجات •

٢٧٤ ـ قرابة المصاهرة

ينشىء الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر (م ٣٧ مدنى) ، ولكن دون أن تمتد هذه القرابة لتربط كذلك بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج • وفى حساب درجة هذه القرابة ، تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه ، فيعتبر الزوج الآخر فى نفس درجـــة القرابة ـ ولكن بسبب المصاهرة ـ لهؤلاء الأقارب • ومن هنا ، فأخو الزوجة

---

(١) والحساب بهذه الكيفية هـــو نفس ما كانت تأخذ به محكمة النقض المصرية فى ظل التقنين القديم رغم عدم وجود نص فى هذا الشأن • (نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ ، مجموعة عمر ، ج ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ٤٥٢) • وهو يتفق كذلك مع المقرر فى القانون الفرنسى ، أنظر :
Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 197. pp. 603 - 606.

قريب من الدرجة الثانية بالمصاهرة للزوج ، وابن عمها قريبه بالمصاهرة من الدرجة الرابعة ، وأبو الزوج قريب بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة ، وهكذا ...

٢٧٥ - أهمية القرابة

تبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، فى تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية - بحسب مركزه فى الأسرة - قبل باقى أعضائها . فبوصفه أبا ، تجب عليه النفقة لأولاده ويكون له عليهم حق التأديب والولاية . وبوصفه ابنا ، عليه واجب الخضوع للسلطة الأبوية وله على الأب حق التربية والنفقة . وبصفته زوجا ، عليه واجب الانفاق على الزوجة وله عليها حق التأديب والطاعة وأحيانا حق الطلاق . وبوصف الشخص زوجة ، عليها واجب الطاعة للزوج والقرار فى بيت الزوجية ولها حق المهر والنفقة . وبوصف الشخص أما أو جدة أو أختا أو بنت أخت أو خالة أو أبا أو جدا صحيحا أو أخا أو ابن أخ أو عما ، يكون له - حسب مراتب الأولوية المقررة - حق حضانة الصغير(١) .

وتبدو كذلك أهمية القرابة ودرجتها - سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة - واضحة فى كثير من الأوضاع القانونية ، حين يعتد القانون بالقرابة فيحد - على أساسها - من مدى حقوق الأفراد ونشاطهم القانونى . ومن أمثلة ذلك منع الأخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (م ٩٣٩ - ب مدنى) . وكذلك اعتبار القاضى - بعدا به عن مواطن الشبهات - غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها - ولو لم يرده أحد الخصوم - اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب مصلحة فى الدعوى القائمة (م ١٤٦ مرافعات جديد) .

---

(١) انظر فى الحضانة وأصحابها ومراتبهم فى الشريعة الاسلامية :
عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

وتبدو أهمية القرابة كذلك فى شأن الزواج عند تحديد المحرمات من النساء ، سواء بسبب قرابة النسب أو قرابة المصاهرة(١) •

ولعل من أهم ما يترتب على القرابة الحق فى الارث والحق فى النفقة • غير أنه يراعى أن هذين الحقين لا يترتبان عادة على أساس قرابة المصاهرة ، وانما يترتبان على أساس قرابة النسب وصلة الزوجية •

(٣) الحالة الدينية

٢٧٦ _ اعتداد القانون المصرى بالحالةالدينية اعتداد استثنائى

قلنا ان الشرائع الحديثة فى مجموعها انما تنظر الى حالة الشخص السياسية والعائلية ، أى تنظر الى حالته من حيث انتمائه الى دولة معينة ، ومن حيث ارتباطه بأسرة معينة • غير أن بعض القوانين الحديثة ، ومنها القانون المصرى ، ما زالت تنظر فضلا عن ذلك _ فى حالات استثنائية _ الى حالة الشخص الدينية من حيث انتمائه الى عقيدة دينية معينة • ولعل مرد ذلك الى ما كان للحالة الدينية فى القديم من أهمية كبرى فى تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ كان الانتماء الى الدين حينئذ بمثابة الانتماء اليوم الى الدولة برابطة الجنسية ، فكانت الحالة الدينية اذن تقوم مقام الحالة السياسية •

فالمبدأ المسلم اليوم فى القانون الحديث اذن هو احلال الحالة السياسية محل الحالة الدينية فى تحديد المركز القانونى للشخص واكتسابه للحقوق وتحمله بالالتزامات ، مما ينفى كل أثر لاختلاف الدين فى تحديد مدى أهلية الوجوب بين الوطنيين • غير أن هذا المبدأ العام يرد عليه فى القانون المصرى بعض استثناءات توضع الحالة الدينية فيها موضع اعتبار عند تحديد المركز القانونىللشخص ، اذ ما يزال سلطان الدين قويا فى نظر المجتمع المصرى • ولذلك يعطى هذا القانون للجماعات أو المجموعات الدينية المختلفة فيه قيمة

---

(١) راجع فى المحرمات من النساء فى الشريعة الاسلامية :
عمر عبد الله . المرجع السابق ، ص ٩٢ _ ١٠٥ •

اجتماعية أساسية تبرر التمييز بين الاشخاص ـ على الأقل فى نطاق محدود ـ بحسب انتمائهم كأعضاء الى مثل هذه الجماعات أو المجموعات المختلفة ٠

فما زال المصريون مثلا ـ كما سلف البيان ـ يخضعون فى بعض مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب تفاوت الأديان بينهم ٠ ومن ذلك ما تقرره الشريعة الاسلامية من عدم التوارث بين مسلم وغير مسلم ٠ وما تقرره كذلك للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من واحدة ، وما تحرمه الشريعة الاسلامية كذلك من زواج المسلمة بغير مسلم ، وما تبيحه لمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب ٠ غير أن هذه كلها حالات استثنائية لا تلغى المبدأ العام المقرر فى القانون المصرى وهو تساوى الوطنيين جميعا فى الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية فى المركز القانونى للشخص ٠

المطلب الثانى

الاسم(١)

Le Nom

٢٧٧ - تحديد الاسم . واهميته . وطرق اكتسابه

قلنا ان كل انسان يتمتع بشخصية فى نظر القانون . غير أن شخصية كل انسان يجب أن تتميز بوسيلة أو علامة معينة تفرق بينه وبين الناس ، فمن صالح الجماعة ومن صالح الأشخاص أنفسهم وجود مثل هذه الوسيلة أو العلامة للتمييز بين الأشخاص وتعيين كل منهم بما يمنع اختلاطه واشتباهه بغيره ، وهذه الوسيلة أو العلامة ان هى الا الاسم : فلكل شخص اذن اسم معين يعرف ويتميز به بين الأشخاص فى الجماعة .

وحينما نعرض للاسم باعتباره أحد مميزات الشخصية الطبيعية ، فانما نقصد الاسم بالمعنى الواسع الذى يشمل اللقب والاسم الخاص أو الشخصى معا ، ولا نقصد الاسم بالمعنى الضيق الذى يقتصر على الاسم الشخصى وحده(٢) . ويقصد عادة باللقب Nom patronymique ou nom de famille اسم الأسرة التى ينتمى اليها الشخص ، اذ يشترك فى حمله جميع أفراد الأسرة . أما الاسم الشخصى Prénom فهو الذى يضاف الى اللقب للتمييز بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب . وبذلك يكون الاسم -

---

(١) راجع فى ذلك بخاصة :

Capitant, op. cit., Nos. 128 - 132. — Nerson, thèse précitée, Nos. 9 - 16, pp. 30 - 46. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 96 - 136, pp. 115 - 174. — Mazeaud, t. I, Nos. 531 - 566. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 944 - 966. — Ripert et Boulanger, t. I, Nos. 876 - 919.

وكتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢٨٦ - ٢٩١ ، ص ٧٥٠ - ٧٦٩ .

(٢) أنظر فى استعمال المشرع اصطلاح « الاسم » تارة بهذا المعنى وتارة بذاك : م ٢٨ و ٥١ مدنى .

بالمعنى الواسع — علامة على الشخص وعلى الأسرة التى ينتمى اليها فى نفس الوقت(١) .

والأصل أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيأخذ الولد لقب أبيه . ولكن جرى العرف منذ قديم فى بعض الدول الغربيـــة وخاصــة فى فرنسا ، على أن تكتسب الزوجة حق حمل لقب زوجها بالزواج ، دون أن تفقد بذلك لقبها الاصلى الذى اكتسبته بالنسب(٢) . أما فى مصر ، فلا يلحق لقب الشخص زوجته(٣) .

وفى مصر ، لم يكن شائعا وجود ألقاب تلحق الأشخاص ، وانمـــا كان الأمر جاريا على أن يعرف الشخص باسمه الخاص مضافا اليه اسم أبيه أو اسم أبيه وجده . من أجل ذلك — وتحقيقا للضرورة الاجتماعية الملحة فى التمييز بين الأشخاص — عنى التقنين المدنى الحالى بفرض اتخاذ لقب الى جانب الاسم الخاص على كل شخص ، بحيث لا يلحق هذا اللقب أولاده (م ٣٨ مدنى) .

واذا كان النسب هو الطريق الطبيعى لاكتساب الاسم فقد لا يكون هو الطريق الوحيد . ففى الشرائع التى تجيز نظام « التبنى » يأخذ الولد المتبنى لقب متبنيه . وكذلك فحيث يباح تغيير الاسم ، يوجد بذلك طريق أو مصدر آخر لاكتساب الاسم . بل وكذلك فاكتساب اللقطاء مجهولى الأبوين ما يطلق عليهم من أسماء لا يتأتى عن طريق النسب .

٢٧٨ — التكييف القانونى للاسم

اختلف الفقهاء فى الطبيعة القانونية للاسم ، وتراوحت نظرتهم اليه بين اعتباره واجبا وبين اعتباره حقا . فمن نظر الى الاسم باعتباره واجبا ، رأى

---

(١) فى هذا المعنى :
Capitant, op. cit., No. 128, p. 171.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit.. t. I, No. 110 — Marty et Raynaud, op. t. I, No. 948.

(٣) كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ينص على أن لقب الشخص يلحق زوجته . ولـكن حذف هذا النص فلم يظهر فى التقنين ، باعتبـــار أنه نظام غربى لم يتعوده المصريون (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٢٨ و ٣٢٩) .

فيه نظاما اداريا تفرضه الدولة على الأشخاص بقصد التمييز بينهم ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضمانا لاستقرار المعاملات في المجتمع • ومن نظر الى الاسم باعتباره حقا ، اما كيفه بأنه حق ملكية واما كيفه بأنه حق من حقوق الشخصية •

وواضح أن الاقتصار على النظر الى الاسم باعتباره مجرد واجب أو وسيلة الزامية لتمييز الاشخاص ونظاما للأمن المدني (institution de police) (١) ، وان كان يبصر بما للدولة من صالح في فرض حمل اسم على كل شخص ، الا أنه يغفل ما لكل شخص كذلك من مصلحة جوهرية في تمييز ذاته وشخصيته ومنع اختلاط غيره به عن طريق الاسم ، تلك المصلحة التي تسوغ حماية القانون للاسم من كل اعتداء أو اغتصاب يقع عليه من جانب الغير دون توقف على ترتب ضرر من جراء ذلك ، وهو ما لا يتأتى الا عن طريق الاعتراف بالاسم كحق لصاحبه(٢) •

وأما النظر الى الاسم باعتباره حق ملكية وهو مذهب القضاء العادي الفرنسي أساسا(٣) ، فهو وان كان يفضل النظر السابق بتغليبه فكرة الحق في الاسم على فكرة الواجب وكفالة حماية أكبر له دون استلزام توافر ضرر محدد ، الا أنه مع ذلك محل انتقاد كبير • اذ لا يستقيم وصف الحق على الاسم بأنه حق ملكية ، طالما لا تتوافر فيه خصائصها ، بل تثبت له عكس هذه الخصائص تماما • فالشيء محل الملكية — على ما هو مسلم منذ قديم في الفقه — لا يكون الا ماديا ، بينما الاسم ليس الا شيئا معنويا • وحق الملكية من الحقوق المالية الداخلة في الذمة المالية ، مما يستتبع اعتباره محلا للتقادم المكسب واعتبار الشيء محله داخلا في دائرة التعامل ، بينما حق الاسم — كما

---

(١) أنظر في الاشارة الى أنصار هذا الرأي :

Nerson, thèse précitée, note (3), p. 36.

(٢) أنظر في انتقاد اعتبار الاسم واجبا كنظام للأمن المدني :

Capitant, No. 131, — Nerson, thèse précitée, No. 13. — Mazeaud, t. I, No. 361.

(٣) راجع في الاشارة الى احكام هذا القضاء :

Nerson, thèse précitée, notes 7, 8, 9, p. 39.

هو مسلم - من الحقوق غير المالية الخارجة عن الذمة ، بحيث لا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط ويمتنع كذلك التعامل والتصرف فيه أو النزول عنه . ولا تشابه كذلك بين حق الاسم وحق الملكية من حيث الاستخلاف عليه بالميراث ، فاللقب يلحق الابن بالميلاد وقبل موت الأب بحيث يثبت لهما معا نفس الحق عليه في آن واحد(١) .

وأمام التجافي بين حق الاسم وحق الملكية على هذا النحو ، اتجه الفقه الحديث في مجموعه(٢) نحو اعتبار حق الاسم حقا من حقوق الشخصية . وهذا التكييف السائد اليوم هو الواجب التأييد ، اذا نظر الى الاسم ، من ناحية كونه حقا لصاحبه . فهو يبصر بصرا صحيحا بطبيعة الاسم ، باعتباره علامة الشخصية المميزة ومظهر كيانها الذاتي المستقل ، وحدها العازل الفاصل بينها وبين ما تزخر به الحياةالاجتماعية من عديد الشخصيات المتميزة الأخرى. من أجل ذلك ، كان الاسم ملازما للشخصية ولصيقا بها ، بما يجعل حق الشخص عليه حقا من حقوق الشخصية بالمعنى الدقيق(٣) .

غير أن تكييف الطبيعة القانونية للاسم على هذا الأساس وحده ، فيه اغفال لوجه آخر لهذه الطبيعة لا يقل أهمية عن الوجه المتقدم ، هو اعتبار الاسم كذلك واجبا من الواجبات تفرضه الدولة على الأشخاص مراعاة للصالح العام وتحقيقا لاستقرار وأمن المعاملات ، وهو الوجه الذى لم يعبه فيما رأينا الا اقتصار بعض الفقهاء عليه بوصفه الوجه الوحيد للاسم . ذلك أنه ما دامت

---

(١) راجع ، خاصة ، في انتقاد تكييف الاسم بأنه حق ملكية :

Capitant, No. 131, p. 174. — Nerson, précitée, No. 14, pp. 37, 38. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 562. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1176.

(٢) أنظر خاصة :

Capitant, No. 131. — Nerson, Nos. 11, 16. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 565. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1177.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٢٢٥ . - شفيق شحاته ، فقرة ٤٢ . - عبد الحي حجازي ، ص ٢٩ و ٣٠ . - شمس الدين الوكيل ، ص ٣٦ . - اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ .

(٣) أنظر سابقا ، ص ٤٥٤ .

الأسماء هي الحدود الفاصلة بين الأشخاص ، فان الاكتفـاء باعتبارها مجرد حقوق قد يزعزع هذه الحدود بكل ما يحمله ذلك من مخـاطر تغيير الأسماء واختلاط الأشخاص والتحايل على القانون • فتثبيتا لهذه الحـدود وتأكيدا لاستقرارها ، ينبغي اعطاء الأسماء ـ فضلا عن وصف الحق الثابت لمصلحة الأشخاص أنفسهم ـ وصف الواجب المفروض كـذلك على الأشخاص لصالح الدولة والمجموع •

ومن هنا نرى في الاسم طبيعة مزوجة مركبة ، فهو حق من الحقـوق اللصيقة بالشخصية من ناحية ، وهو واجب يقـع على عاتق كل شخص من ناحية أخرى(١) • ولازدواج طبيعة الاسم على هذا النحو أثره ـ كما سنرى ـ في تحديد خصائصه •

٢٧٩ ـ حماية الاسم

قد يقع اعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه أو استعماله على أي وجه كان ، والمقصود بالمنازعة اعتراض الغير دون مبرر على حق الشخص في التسمي بالاسم الذي يحمله وفي استعماله اياه بالتالي ، أما الانتحال أو الادعاء فيقصد به تسمي الغير باسم شخص معين واستعماله اياه دون حق(٢) • فيثور التساؤل حينئذ عن كيفيـة حماية الاسم من مثل هذا الاعتداء •

---

(١) في هذا المعنى :

Josserand, t. I, No. 219. — Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955. pp. 1176, 1179.

شفيق شحاته ، فقرة ٤٣ • ـ عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٦٨ • ـ اسماعيل غانم ، الموضع السابق • ـ عبد المنعم البدراوي ، فقرة ٣٥٨ ، ص ٥٥٦ •

(٢) ولذلك يخرج من صـور الانتحال حالة تشابه الأسماء وتطابقها تطابقا تاما ، فكل شخص يحمل مثل هذا الاسم المتشابه المشترك ويستعمله انما يكون مستعملا اسمه هو وبمقتضى حقه فيه ، فلا يعد منتحلا اسم الغير المطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله • بل كل ما يملكه ـ اذا أراد توقي الخلط ـ أن يضيف الى اسمه ما يميزه عن سميه • ولكن اذا كان هذا الأخير يستغل تطابق الاسمين بما يعود بالضرر المادي أو المعنوي على الأول ، فيكون للمضرور المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسئولية التقصيرية (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٦١) •

وقد كان من الطبيعي أن يجد الجدل حول التكييف القانوني للاسم صداه فيما يتعلق بحمايته • فظاهر أن القول باعتبار الاسم مجرد واجب أو نظام أمن مدني مفروض على الأفراد لا يجعل للاسم حماية الا في حـــال لحوق ضرر بصاحبه وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، فلا يجوز له ــ في حـــال تخلف الضرر ــ المطالبة برد ووقف الاعتداء الواقع على اسمه • ولعل الرغبـــة في تفادي هذه النتيجة هي التي مهدت وروجت لاعتبار حق الشخص على اســـمه حق ملكية ، ليتمكن بذلك صاحب الاسم ــ كما يتمكن المالك ــ من المطـالبة برد ووقف أي اعتداء يقع على اسمه دون حاجة من جانبه الى اثبـــات وقوع ضرر ناجم عن ذلك(١) • غير أن حق الملكية لا يصلح ــ كما سبق البيان ــ تبريرا لحق الشخص على اسمه ، فهو في واقع الأمر حق من حقوق الشخصية• ولكن اعتباره كذلك يستتبع من حيث حمايته نفس الأثرالذي يستتبعه اعتباره حق ملكية ، فتجب له الحماية حيث يعتدى عليه دون توقف على اثبات ترتب ضرر محدد من جراء ذلك ، فحقوق الشخصية ــ كالحقـــوق عموما ــ مكفولة لذاتها في حال الاعتداء عليها ، اذ لأصـــحابها مصلحة ظاهرة تبرر المطالبة بوقف هذا الاعتداء ولو لم يترتب عليه ضرر محدد(٢) •

وعلى هذا النحو ، فوقوع الاعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه معناه ــ والاسم هو علامة الشخصية المميزة ــ المســـاس بشخصيته وانكار ذاتيته وتعريضها أو احتمال تعريضها للاختلاط بغيرهـا ، وهو ما يكفي ــ دون تحميل صاحب الاسم بعبء اثبات ترتب ضرر محدد(٣) ــ لتبرير حمايته بوقف مثل هذا الاعتـداء • وبالاضافة الى ذلك ، يبقى حقـــه قائما ــ اذا أثبت ترتب ضرر محـدد ــ في المطالبة بالتعويض طبقا للقـواعد

---

(١) Ripert et Boulanger, t. I, No. 907. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 116, p. 144.

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٥٧ •

(٣) انظر في ذلك كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «١» ص ٧٥٩ •

وقارن : Mazeaud, t. I, No. 565

العامة . وبذلك يجمع صاحب الاسم(١) وسيلتين لحماية حقه من المنازعة أو الانتحال : الأولى ، هي المطالبة بوقف الاعتداء وذلك دون تعليق على وقوع ضرر محدد ، والثانية ، هي المطالبة بالتعويض وهذه لابد فيها من وقوع ضرر محدد من جراء المنازعة أو الانتحال .

وقد عنى المشرع المصرى بالنص صراحة على هاتين الوسيلتين فى صدد حقوق الشخصية بعامة(٢) والحق فى الاسم بخاصة (م ٥٠ و ٥١ مدنى) .

٢٨٠ ـ خصائص الاسم

اذا كان للاسم طبيعة مزدوجة تجعله حقا من حقوق الشخصية من ناحية وواجبا على الشخص من ناحية أخرى ، فان كلا من هاتين الطبيعتين تسبغ على الاسم خصائص معينة نبينها فيما يلى :

(١) خصائص الاسم باعتباره حقا من حقوق الشخصية : يكتسب الاسم ـ باعتباره من حقوق الشخصية ـ صفات الشخصية ، وهى عدم القابلية للتصرف والتقادم .

١ ـ عدم القابلية للتصرف (inaliénabilité ou indisponibilité)

ما دام الاسم يعتبر علامة للشخصية ووسيلة للتمييز بين الأشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعي أن يكون لصيقا بالشخص وأن يمتنع لذلك التصرف فيه ـ سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بالوصية ـ أو تخويل الغير حق

---

(١) يبدو أمام ما للاسم كلقب من طبيعة مزدوجة فردية وعائلية ، أنه يجب تخويل كل فرد من أفراد الأسرة على حدة حق المطالبة بحماية اللقب من أى منازعة أو انتحال من قبل الغير ، (انظر Capitant, No. 133, p. 178 — Planiol. Ripert et Savatier, t. I. No. 116, pp. 145, 146. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, pp. 1177, 1178).

(٢) أنظر سابقا ، ص ٤٥٧ .

استعماله(١) . وهذه الخاصة التي يتصف بها الاسم تتفرع كذلك عن مبدأ ثباته وامتناع تغييره بمحض الارادة المطلقة(٢) .

ولكن اذا كان مبدأ امتناع التصرف في الاسم مبنيا على اعتبار الاسم العلامة المميزة للشخصية والحالة ومقصودا به تمييز الأشخاص ومنع الخلط بينهم ، فيجب أن يتحدد مدى هذا المبدأ اذن بحدود هذا الغرض . ولذلك حيث يستعمل الاسم في غير هذا الغرض ، فليس ثم ما يمنع حينئذ من التصرف فيه أو النزول عنه أو الترخيص للغير في استعماله(٣) .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحق في اطلاق اسمه على أحد الأشخاص الخيالية في رواياته أو قصصه ، أو السماح للغير باستعمال اسمه كاسم مستعار أدبي أو فني(٤) .

وكذلك يكون للشخص الذي ينشىء مالا معينا يحمل اسمه ـ كمحل تجاري أو علامة تجارية أو براءة اختراع ـ النزول للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاستغلال هذا المال . اذ تكون للاسم حينئذ وظيفتان مختلفتان : تمييز الشخصية والحالة المدنية باعتباره اسما مدنيا من ناحية ، وتمييز المحل أو العلامة أو البراءة باعتباره اسما تجاريا من ناحية أخرى . واذا كان

---

(١) ومع ذلك تعتبر محكمة النقض الفرنسية صحيحا اذن الزوج زوجته السابقة في الاستمرار في التسمي بلقبه واستعماله بعد الطلاق . ويمكن تبرير ذلك ، في حال ما اذا كانت الزوجة تمارس تحت هذا اللقب نشاطا أدبيا أو فنيا أو تجاريا معينا بحيث عرفت واكتسبت ثقة الجمهور في هذا النشاط . اذ لا يعني هذا الاذن تخويلها الاستمرار في استعماله كذلك كاسم مدني كما كان عليه الحال وقت الزوجية ، وانما تخولها مجرد استعماله بعد الطلاق كاسم مستعار أو اسم تجاري (في هذا المعنى : ـ **Mazeaud, op. cit., t. I, p. 456.** ـ كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦٦٢) .

(٢) **Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 148. — Marty et Raynaud, t. I, No. 956, p. 1180.**

(٣) **Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Mazeaud, t. I, No. 557.**

(٤) **Nerson, No. 185, pp. 401, 402. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 149. — Mazeaud, ibid.**

وانظر سابقا ، ص ٤٥٧ و ٤٥٨ .

مستحيلا النزول عن الاسم المدنى لاستحالة النزول عن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن النزول عن الاسم التجارى ما دام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الأموال • وبهذا النزول ، يكون للمتنازل له استعمال الاسم كاسم تجارى محض وفى حدود استغلال المحل أو العلامة أو البراءة ، ويستمر المتنازل حاملا له كاسم مدنى يميز شخصيته وحالته(١) •

٢ - عدم القابلية للتقادم (imprescriptibilité) : ما دام الحق فى الاسم لصيقا بالشخصية ، فمعنى ذلك أنه ليس من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب • ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقا فيه مهما طالت مدة انتحاله واستعماله اياه(٢) • وعدم استعمال اللقب خاصة ، لا يفقد صاحبه ولا فروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طالت مدة اهماله • وواضح أن عدم القابلية للتقادم تقتصر على الاسم المدنى وحده باعتباره العلامة المميزة للشخصية والحالة • أما الاسم التجارى ، وثم قيمة مالية له ، فليس ما يمنع - والتصرف فيه جائز - من اكتسابه أو فقده بالتقادم(٣) •

(٢) خصائص الاسم باعتباره واجبا : قلنا ان الاسم فضلا عن اعتباره حقا ، يعتبر كذلك واجبا • واعتباره واجبا يجعله فرضا محتوما على كل فرد من ناحية ، وغير قابل للتغيير والتعديل بارادة صاحبه من ناحية أخرى •

١ - ضرورة الاسم لكل شخص : قلنا ان الصالح العام واستقرار وأمن المعاملات يفرض ضرورة تسمى كل فرد باسم معين - مكون من اسم شخصى ولقب - ليكون علامة مميزة لشخصيته ومانعا من اختلاطه بغيره من الأفراد •

---

(١) أنظر فى النزول عن الاسم التجارى :

Nerson, No. 185, p. 402. — Planiol,, Ripert et Savatier. t. I, No. 119, pp. 149 - 151. — Marty et Raynaud, ibid.

(٢) أنظر مع ذلك فى اعتداد القضاء الفرنسى - فى غير أحوال الانتحال - بعامل المدة واستطالتها ما يجاوز قرنا من الزمان، لاستخلاص اكتساب حق فى الاسم : كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٧٦٣ •

(٣) **Mazeaud, t. I, No. 558, p. 541**

ولذلك يعتبر الاسم من لوازم الشخصية وعلاماتها الضرورية ، بحيث لايتصور تخلفه عند أحد من الأفراد · ولهذا يوجب المشرع ، عند الاخطار بمولود ، ذكر اسمه ولقبه(١) ·

٢ ـ ثبات الاسم وعدم تغييره بمحض الارادة واستقلالها : اعتبار الاسم واجبا يجعله غير قابل للتغيير والتعـــديل بمحض ارادة الشخص وحـده ، والا انقلب الغرض من فرضه وكثر في شأنه الادعاء والانتحال وشاع الاختلاط بين الأشخاص ، مما ينعكس أثره السيء على استقرار المعاملات في الجماعة · من أجل ذلك ، يجب أن يخضع تغيير الاسم لاجراءات معينة تضمن جـــدية التغيير المطلوب وحماية الغـــير مما قد يكمن وراء هـــذا التغيير من تحـــايل أو انتحال ·

والاعتبارات التي قد تدعو الى تغيير الاسم وتعديله كثيرة ، كالاشتهار في الجماعة بغيره من الأسماء ، أو الرغبة في تفادي ما يسببه الاسم لصاحبـــه من عنت وحرج اذا كان فيه ما يحمل على الهزء والسخرية ، و الرغبة في مسايرة تغيير صاحبه لدينه · وقد يكون التغيير ضربا من التصحيح ، عند وقوع خطأ في تحرير الاسم عند قيده ·

ومنع ارادة الشخص من الاستقلال بالتغيير ، يقتضي تدخل سلطة عامة مختصة لرقابة جديته وللتأكد من سلامة الغرض منه وعدم اضراره بالغير ، سواء كانت سلطة ادارية ، أو سلطة قضائية عن طريق المحاكم على اختـــلاف في ذلك بين الشرائع · والمشرع المصري يكل اليوم(٢) أمر ذلك الى المحاكم(٣) ، فيما عدا تصحيح الأخطاء المـــادية الذي يجعله من اختصاص الجهة الادارية المختصة وهي مصلحة الأحوال المدنية(٤) ·

---

(١) م ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية ·

(٢) أنظر في تطور أنظمة اجراءات تغيير الاسم في القـــانون المصري قبل ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٦٥ و ٧٦٦ ·

(٣) لا يتم التصحيح أو التغيير الا بحكم قضائي يصـــدر من المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها مكتب السجل المدني المقيد فيه الاسم (م ١/٣٦ من قانون الأحوال المدنية) ·

(٤) يجرى التصحيح أمين السجل ، ويعتمده مفتش السجل المختص (م ٢/٣٦ من قانون الأحوال المدنية) ·

٢٨١ — اسم الشهرة والاسم المستعار

قد يعرف الشخص باسم آخر مخالف لاسمه الأصلي ، سواء كان هـذا الاسم الطارىء « اسم شهرة » (Surnom) يخلعه عليه الجمهـور عموما بما يستوعب كامل شخصيته ونشاطه ، أو كان من قبيـــل « الاسم المستعار » Pseudonyme الذي يختاره الشخص ويخلعه على نفسه في بعض نواح محددة من نشاطه كالنشاط الأدبي أو الفني دون أوجه نشاطه الأخرى(١) .

واذا كان اسم الشهرة لا يخضع من حيث اطلاقه لتحديد وتنظيم معين لأنه يصدر عن الجمهور وما تجرى به عادته ، فواضـــح أن الاسم المستعار على خلاف ذلك يجب أن تقيد حرية صاحبه في اختياره حماية للغير ومنعا للغش . فحرية اختيار الاسم المستعار تتقيد بداهة باحترام اسم الغير وتجنب انتحاله، ولذلك يكون للشخص أن يطالب بمنع غيره من اتخـــاذ اسمه اسما مستعارا له(٢) ، لما يحمله ذلك من معنى وقوع أو احتمال الخلط بين الشخصين . ومع ذلك ، فالقضاء الفرنسي يترخص في حماية الاسم المستعار ولو كان مطابقـا لاسم شخص آخر اذا كان قد مضى على استخدام الاسم المستعار وقت طويل تأكد به وجه من أوجه نشاط صاحبه — كالنشاط الأدبي — واكتسب ثقـة الجمهور تحته(٣) ، اعتدادا باكتساب صاحبه شهرة معينة في هذا الوجه من النشاط تحته وامتناع المنازعة فيه من ذوى الشأن طوال هذه المدة .

ولكن من الواجب التحفظ في تأييد هذا القضـاء وعـدم أخـذه على اطلاقه(٤) . فينبغي أن لا يكتفى بعامل مضى المدة واكتساب الشهرة تحت

---

(١) انظر في التفرقة بين اسم الشهرة والاسم المستعار :

Planiol, Ripert et Savatier, t., No. 129. Marty et Raynaud t. I. No. 960.

(٢) الا أن يرخص له في ذلك ، انظر سابقا ، ص ٤٥٧ .

(٣) Paris, 18 Juillet 1949, cité par Mazeaud, t. I, p. 551

وأنظر سابقا ، ص ٤٥٨ .

(٤) قارن مع ذلك :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 130. — Marty et Raynaud, t. I. No. 961. — Mazeaud, t. I, No. 564.

الاسم المستعار طوالها لتبرير حمايته ، بل يجب أن يعتد أساسا ـ فضلا عن ذلك ـ بترتب أو عدم ترتب خلط بين الشخصين وبحسن أو سوء نية صاحب الاسم المستعار • فاذا كان الأصل أن مثل هذا الخلط يكون غير محتمل نظرا لاقتصار الاسم المستعار على وجه من أوجه نشاط صاحبه ، الا أنه مع ذلك متصور اذا كان صاحب الاسم الأصلى يمارس نفس الوجه من النشاط تحته • وكذلك اذا كان الغالب أن صاحب الاسم المستعار يجهل مطابقته لاسم أصلى لشخص آخر مما يزيد فى تبرير حمايته ، فتبدو هذه الحماية غير واجبة اذا كان يعلم بهذه المطابقة ، وبخاصة اذا كان ينجم عنها خلط بين الشخصين •

وعلى أى حال ، فاذا كان للشخص اسم شهرة أو اسم مستعار ، فان القانون يحمى حقه فى استعماله بمنع المنازعة فيه أو انتحاله • فيكون لصاحبه أن يقتضى من الغير تعيينه باسم الشهرة مضافا الى اسمه الأصلى ، أو بالاسم المستعار وحده فى وجه النشاط الممارس تحته وخاصة اذا كان مقصودا به ستر الاسم الحقيقى • ويكون له كذلك المطالبة بمنع الغير من استعمال أو انتحال اسم شهرته أو اسمه المستعار كاسم مستعار لنفسه ، أو على الأقل بالتعديل فيه بما يمنع كل احتمال للاختلاط بينهما(١) •

ولكن يراعى أن اسم الشهرة والاسم المستعار ـ على خلاف الاسم الأصلى ـ تكون له صفة فردية مقصورة على صاحبه، فلا يكتسبه أولاده وفروعه بالنسب(٢) •

٢٨٢ ـ الاسم التجارى

قد يستخدم التاجر اسما يمارس تحته التجارة ويكون مميزا لمحله التجارى ، وهو ما يطلق عليه « الاسم التجارى » (Le nom commercial) ويدخل فى تكوينه الاسم المدنى كعنصر أساسى اذا كان التاجر فردا(٣) •

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 131. — Marty et Raynaud. t. I, No. 962.

(٢) Marty et Raynaud, ibid.

(٣) مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٦٩٧ •

وما دام الاسم التجارى على هـذا النحـو ليس عـلامة مميزة للحـالة للشخصية فى ذاتها ، بل للنشاط التجارى للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومقومات محله التجارى ، فتثبت له ـ كالمحل التجـارى ـ صفة مالية ، مما يباعد بينه فى الخصائص وبين الاسم المدنى الذى يعتبر لصيقا بالشخصية • ولذلك يكون ـ على خلاف الاسم المدنى ـ قابلا للتصرف وللتقادم(١) •

ولكن اذا كان الاسم التجارى قابلا للتصرف باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجارى ، فان ذلك يفرض النظر اليه باعتباره غـير منفصل عن هذا المحل ، مما لا يجوز معه التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له(٢) • وهو ما يؤدى كذلك الى حماية الجمهور من اللبس والتضليل(٣) •

واذا كان للمتصرف اليه حق استعمال الاسم التجـارى ، فواضح أن استعماله له قاصر على حدود الغرض منه كعلامة مميزة للمحل التجارى تجتذب ثقة جمهور معين من العملاء • وتأكيدا لذلك ومنعا للاختلاط بين المتصرف اليه الذى يستعمل الاسم التجارى فى هذه الحدود وبين المتصرف الذى يبقى حاملا لنفس الاسم ـ أو للعنصر الأساسى فيه ـ كاسم مدنى ، يجب أن يضاف الى الاسم التجارى ما يفيد منع هذا الاختلاط كسبقه أو اردافه بكلمة « خلف » أو « خلفاء » أو « محل سابق » • ويمتنع على الخلف المتصرف اليه التوقيـع بالاسم التجارى فى غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل ، بل والتوقيع باسم

---

(١) فى هذا المعنى :
Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119. — Mazeaud, t. I, Nos. 557, 558.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٩٣ و ٩٩٤ •
وأنظر سابقا ، ص ٥٥٣ و ٥٥٤ •

(٢) م ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأسماء التجارية •
وأنظر فى ذلك : أكثم الخولى : قانون التجارة اللبنانى المقارن ، ١٩٦٦ . فقرة ٣٢١ ، ص ٣٩٤ و ٣٩٥ •

(٣) مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٨ •

سلفه التجارى وحده دون اضافة فى هذه الشئون(١) ٠

وينبغى تقييد حق المتصرف اليه بما يمنع تعسفه فى استعمال الاسم التجارى الذى يظل ثابتا لسلفه المتصرف كاسم مدنى ، سواء بما يشين سمعة هذا السلف أو بما يثير الخلط بينهما(٢) ٠

وعلى أى حال، فالقانون يحمى الاسم التجارى ويخول صاحبه حق المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قبل الغير مع التعويض عما يترتب على ذلك من ضرر ٠ واذا كان الأصل أن لكل شخص الحق فى أن يتخذ من اسمه المدنى اسما تجاريا يمارس تحته تجارته ويميز محله دون أن يملك الغير الذى له اسم تجارى مطابق سابق منعه من ذلك ، الا آن من الواجب الزامه باضافة ما يفيد التمييز بين الاسمين منعا للخلط وتوقيا من المنافسة غير المشروعة(٣) ٠

المطلب الثالث

الموطن(٤)

Le domicile

٢٨٣ ـ اهمية الموطن وتقسيمه

اذا كانت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة الى الدولة والأسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فان

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 150. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557.

وقرب : مصطفى كمال طه ، الموضع السابق ٠

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 151.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 150.

مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٦ ٠ ـ أكثم الخولى ، فقرة ٣٢٣ ، ص ٣٩٨ ٠

وانظر كذلك المادة ٣ من قانون الأسماء التجارية ٠

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :

Capitant, Nos. 102 - 110. — Josserand, t. I, Nos. 223 - 242. — Nerson, Nos. 17 - 21. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 137 - 173. — Mazeaud, t. I, Nos. 567 - 590. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 967 - 984.

الموطن يتيح العثور على مقره ومكانه • فالمقصود بالموطن المقـر القـانونى للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانونى وعلاقاته مع غيره من الأشخـــاص ، بحيث يعتبر موجودا فيه على الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة • والموطن ، على هذا النحو ، يفترق عن « محـل الوجـود » La demeure الذى قـد يوجد فيه الشخص بصفة عارضة مؤقتة ، كفندق يقيم فيه شخص على سفر بضعة أيام ، بحيث لا يمكن اعتباره فى نظر القانون مقرا ثابتا فى علاقاته مع غيره من الأشخاص •

وتبد أهمية وجود موطن للشخص فى أنه يصبح المقر الذى يعتد القانون بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانونى • فالأوراق القضائية مثلا تعلن الى الشخص فى موطنه (م ١٠ مرافعات جديد)، والدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ مرافعات جديد) ، وشهر الافلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر (م ١٩٧ تجـارى) ، والوفـاء بالالتزامات التى ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين (م ٢٤٧ مدنى) •

والموطن اما موطن عام واما موطن خاص • ويقصد بالموطن العـام المقر الذى يعتد به القانون بالنسبة الى نشاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عام • أما الموطن الخاص فيقصد به المقر الذى يعتد به القـانون فى شـأن بعض علاقات أو أعمال أو أوجه نشاط معينة للشخص على وجه التخصيص • فنعرض أولا للموطن العام ، ثم للموطن الخاص وأنواعه •

الوجـه الأول
الموطن العـام
Le domicile général

٢٨٤ — تراوح تحديد الموطن العام بين الاختيار والالزام

قلنا ان الموطن العامهو المقر القانونى للشخص الذى يعتد به فى شأن نشاطه ومعاملاته بوجه عام دون تخصيص أو تعيين • والأصل أن الشخص

يختار بارادته المكان الذى يعطيه القانون صفة الموطن العام ، فاذا كان القانون مثلا يعتبر الموطن العام هو محل الاقامة العادية المستقرة ، فان الشخص هو الذى يتخير بارادته المكان الذى يقيم فيه بصفة عادية مستقرة • غير أن الموطن العام ليس دائما اختياريا، فقد يفرض القانون استثناء لبعض الأشخاص موطنا عاما لا دخل لارادتهم فى اختيار مكانه • فنعرض للموطن الارادى أو الاختيارى ثم للموطن القانونى أو الالزامى •

٢٨٥ – الموطن الارادى أو الاختيارى

١) التصوير الواقعى والتصوير الحكمى(١) : تختلف الشرائع فى تحديد الموطن العام الارادى أو الاختيارى تبعا لاختلافها على تصويره • وفى هذا الصدد نجد تصويرين رئيسيين للموطن : تصويرا واقعيا ، وتصويرا حكميا• أما التصوير الواقعى فيعتد بالواقع فى العمل من وجود اقامة فعلية مستقرة للشخص ، فيحدد الموطن بأنه محل الاقامة المعتادة المستقرة • وأما التصوير الحكمى فيفصل بين الموطن والاقامة الفعلية ، ويقيم – دون اعتداد بحقيقة الواقع – رباطا صناعيا مفروضا بين الشخص ومكان معين يتحدد عادة اما بمحل الميلاد واما بالمركز الرئيسى لأعماله ولو لم يقم فيه اقامة معتادة ، ويترتب على اختلاف تحديد الموطن وتصويره على هذا النحو أو ذاك نتائج بعيدة المدى من حيث ضرورة الموطن ، ومن حيث وحدته أو تعدده •

١ – من حيث ضرورة الموطن : يحتم التصوير الحكمى أن يكون لكل شخص موطن ، اذ هو يقيم صلة صناعية مفروضة بين الشخص وبين مكان معين • فمثلا فى القانون الفرنسى اذا لم يختر الشخص عند بلوغه سن الرشد مركزا رئيسيا للأعمال يكون موطنا له ، فيفترض أنه ظل محتفظا بموطنه الأصلى أى موطن والديه أو موطن وصيه ، ولو كانت

---

(١) انظر فى ذلك :

Josserand, op. cit., t. I, No. 236, 238. — **Mazeaud**, op. cit., t. I, Nos. 569, 570.

كل صلة له به منقطعة(١) ، اذ لا يتصور فى هذا التصوير وجود شخص دون موطن . أما التصوير الواقعى ، فهو على العكس من ذلك يسلم بامكان انعدام المواطن ؛ ذلك أنه مؤسس على الاقامة العادية المستقرة ، فاذا تخلفت فى الواقع هذه الاقامة لدى شخص من الأشخاص ، لا يكون له موطن ما .

٢ - من حيث وحدة الموطن أو تعدده : فى التصوير الحكمى لا يكون الموطن الا واحدا ، لأن تحديد الموطن فيه بالمركز الرئيسى لأعمال الشخص يجعل من المستحيل وجود أكثر من موطن واحد ، لأن المركز الرئيسى - حتى بين مراكز متعددة - لا يتصور الا أن يكون دائما واحدا(٢) . أما فى التصوير الواقعى فليس من المحتم أن يكون الموطن واحدا ، بل يتعدد موطن الشخص بتعدد محال اقامته العادية المستقرة .

(٣) تقدير التصويرين : هذان هما التصويران المتقابلان فى شأن تحديد الموطن . ورغم ما يحققه التصوير الحكمى من فوائد ثبات الموطن نتيجة عدم تغير مركز الأعمال الا نادرا على خلاف ما يصيب محل السكن والاقامة من تغييرمستمر(٣) ، فظاهر ما فى هذا التصوير الحكمى من افتراض وتحايل مخالف للواقع(٤) . فضلا عن أن الأخذ به أصبح عسيرا فى العصر الحديث الذى كثرت فيه الأعمال وتشعبت وتعددت مراكزها بحيث بات يستعصى فى كثير من الأحيان الوقوف على المركز الرئيسى من بينها(٥) . ولذلك انتهى التصوير الحكمى الى نتائج غير مقبولة فى العمل ، بافتراضه وحدة الموطن رغم ما قد يوجد فى الواقع من تعدده ، ورغم ما قد يجره هذا الافتراض من التضليل بالغير حسنى النية ، وبافتراضه ضرورة الموطن لكل شخص

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 160. — Mazeaud. t. I, No. 573. — Marty et Raynaud, t. I, No. 981.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, No. 141. — Marty et Raynaud, No. 984. — Ripert et Boulanger, No. 926.

(٣) Mazeaud, t. I, No. 569.

(٤) Josserand, t. I, No. 236.

(٥) Mazeaud, ibid.

واضطراره في سبيل ذلك الى انكار الواقع والزعم ببقاء الشخص محتفظا بموطنه الأصلي عند انعدام مركز رئيسي لأعماله رغم انقطاع كل صلة له به(١) ، ورغم وجود أشخاص كالبوهيميين ليس لهم في الواقع أي نوع كان من الموطن حتى ولا موطن أصلي اكتسبوه عن آبائهم(٢) .

أما التصوير الواقعي للموطن ، فرغم عدم ثباته ثبات الموطن في التصوير الحكمي نتيجة ما قد يتعرض له محل الاقامة والسكن من تغيير مستمر ورغم ما قد يشجع عليه من تعمد هذا التغيير في أي لحظة للتهرب من حكم القانون أو مطالبات الغير(٣) ، الا أنه يمتاز بأساسه الواقعي وبنتائجه العملية . فهو من ناحية يربط الموطن بالاقامة الفعلية المعتادة وهو ما يتفق مع الواقع والمنطق ، وهو من ناحية أخرى يسلم بما هو واقع في العمل من امكان تعدد الموطن أو انعدامه .

(٣) موقف القوانين المختلفة من التصويرين : تختلف القوانين في الانحياز الى أحد التصويرين دون الآخر . وقد كان القانون الفرنسي - منذ مطلع القرن الماضي الى اليوم - المثل البارز على الشرائع التي تأخذ بالتصوير الحكمي للموطن ، فقد حدده بأنه المركز الرئيسي لأعمال الشخص ونشاطه . غير أن القضاء الفرنسي - أمام مجافاة هذا التصوير للواقع وما يستتبعه من نتائج غير عملية - ما لبث أن خرج عليه وعلى ما يقرره من مبدأ وحدة الموطن خاصة ، فأقام نظرية « الموطن الظاهر » (Le domicile apparent)(٤) ، التي بمقتضاها يصح اعلان الشخص بالأوراق القضائية في الموطن الظاهر للناس على أنه موطنه وهو عادة محل سكنه واقامته ، كما يصح اختصامه أمام المحكمة

---

(١) Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 669.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, No. 140. — Ripert et Boulanger. t. I, No. 928. — Marty et Raynaud, No. 981.

(٣) في هذا المعنى :
Mazeaud, No. 591, p. 557

(٤) أنظر في ذلك :
Colin, Capitant et De La Morandière, No. 669. pp. 515, 516. — Planiol, Ripert et Savatier, No. 164. — Mazeaud, No. 578.

الواقع في دائرتها هذا الموطن ، مادام المعلنون أو المختصمون حسنى النية مخدوعين في هذا الموطن الظاهر بحيث ظنوه موطنه الحقيقى أى المركز الرئيسى لأعماله ، أو عاجزين عن تحديد هذا المركز الرئيسى .

ويتبع القانون المدنى الألمانى التصوير الواقعى للموطن اذ يحدده بمحل الاقامة المعتادة للشخص ويجوز تعدده (م ٧) . وكذلك تفعل الشريعة الاسلامية ، اذ يقرر بعض فقهائها أنه « يجوز أن يكون الوطن الأصلى واحدا أو أكثر من ذلك ، بأن كان (للشخص) أهل ودار فى بلدتين أو أكثر ، ولم يكن فى نية أهله الخروج منها وان كان هو ينتقل من أهل الى أهل فى السنة ، حتى أنه لو خرج مسافرا من بلدة فيها أهله ودخل فى أية بلدة من البلاد التى فيها أهله ، فيصير مقيما من غير نية الاقامة(١) » .

ويبدو أن ظهور أفضلية التصوير الواقعى على التصوير الحكمى للموطن ، بدأ يحول الاتجاه نحوه فى المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى(٢) .

(٤) **أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى** : رغم أن موقف القانون المصرى فى ظل التقنينات القديمة كان مبهما فى شأن تحديد الموطن وأن الاتجاه الغالب فى القضاء المصرى حيئذ كان يأخذ بالتصوير الحكمى له مع الخروج على مقتضاه فى بعض الحالات(٣) ، الا أن المشرع المصرى ـ استجابة للحاجات العملية ، واتساقا مع المبادىء المقررة فى الشريعة الاسلامية ومع الاتجاهات الحديثة فى الفقه والتشريع المعاصر ـ قد انحاز فى التقنين المدنى

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ١ ، ص ١٠٣ ـ ١٠٥ ، مشار اليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٣ .

(٢) راجع فى مناقشات لجنة التنقيح التى وضعت المشروع فى هذا الصدد :

Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1950 - 1951, pp. 121 et s.

وانظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٦ ، وهامش «١» ص ٧٧٦ و ٧٧٧ .

(٣) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٧ و ٧٧٨ .

الحالى الى التصوير الواقعى للموطن(١) ، بنصه على أن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » (م ٤٠/١) ٠

والمقصود بالاقامة المعتادة الاقامة الفعلية بصفة مستقرة ٠ وبذلك يتميز الموطن عن مجرد الوجود أو السكن غير المصحوب بالاستقرار ٠ وليس يقصد بالاستقرار استمرار الاقامة واتصالها دون انقطاع ، وانما يقصد به استمرارها على وجه يتحقق معه وصف الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة وقتية متباعدة أو متقاربة(٢) ٠ فالعبرة اذن ، فى تحديد الموطن ، يجب أن تكون بما تدل عليه ظواهر الحال من نية الاستقرار فى الاقامة(٣) ٠

وقد رتب المشرع المصرى على هذا التصوير الواقعى للموطن نتائجه المنطقية من امكان تعدده وعدم لزومه لكل شخص فنص على أنه « يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما ») م ٤٠/٢ مدنى) ٠ ومن هنا فكلما تعددت محال الاقامة المعتادة المستقرة للشخص كلما تعدد موطنه العام ، بحيث يكون له موطن عام فى كل هذه المحال ، كشخص متزوج بأكثر من واحدة ويقيم مع كل منهن اقامة معتادة فى مكان منفصل ، وكشخص يقيم اقامة معتادة فى الريف واحدى المدن معا(٤) ٠ وكذلك يتصور انعدام الموطن حيث لا يوجد للشخص محل اقامة معتادة مستقرة(٥) ، كالبدو الرحل الذين لا يقرون فى مكان معين ٠

---

(١) فى هذا المعنى :
نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٦ ، رقم ٤٢ ص ٣٣٦ ٠ ـ
نقض ٢٧ مايو ١٩٦٩ ، المجموعة السالفة ، س ٢٠ ، ع ٢ ، رقم ١٢٧ ص ٨٠٢ ٠

(٢) فى هذا المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ ٠

(٣) أنظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ و ٢٧ مايو ١٩٦٩ سالفى الذكر ٠

(٤) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ ٠

(٥) واذا كانت هذه النتيجة متفقة مع التصوير الواقعى للموطن ، فان أغلب التشريعات التى تأخذ به تتفادى عواقبها بتقرير اعتبار الموطن حينئذ هو محل الوجود ٠ ولم يقرر المشرع المصرى قاعدة عامة فى هذا الشأن (أنظر فى انتقاده ، عبد الحى حجازى ، ص ١٤٧ ٠ ـ شمس الدين الوكيل ، ص ٤٢) ٠ ولكنه يقرر فى صدد اعلان أوراق المحضرين أنه « اذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم ، وجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى الجمهورية

٢٨٦ – الموطن القانونى أو الالزامى

اذا كان الأصل أن الشخص هو الذى يحدد بارادته المكان الذى يسبغ عليه القانون صفة الموطن العام ، فثم استثناء يرد على ذلك ، اذ قد يقوم القانون بتعيين المكان الذى يعتبر موطنا عاما بالنسبة لبعض أشخاص يلحقهم وصف معين . فيكون موطنهم قانونيا لا اراديا لأن القانون ينسبه اليهم دون توقف على ارادتهم فى تحديد مكانه ، ويكون الزاميا لا اختياريا لأن القانون يفرضه عليهم دون اختيارهم . والموطن القانونى أو الالزامى هو الخاص بعديمى الأهلية وناقصيها بسبب صغر السن ، وبالمحجور عليهم بسبب عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة ، وبالمفقودين والغائبين ممن تمنعهم ظروف فقدهم وغيبتهم من رعاية شئونهم ومباشرة التصرفات القانونية لحسابهم ، فهؤلاء الأشخاص يفرض لهم القانون – بالنظر الى صغر سنهم أو عوارض أهليتهم أو فقدهم أو غيبتهم – موطنا الزاميا هو موطن من ينوب عنهم فى مباشرة التصرفات القانونية من أولياء أو أوصياء أو قوام أو وكلاء . ولذلك تقرر المادة ١/٤٢ من التقنين المدنى أن « موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب ، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا » .

ولكن ليس لغير هؤلاء موطن قانونى أو الزامى . ولذلك فالزوجة اذا لم تكن قاصرا بحيث يفرض عليها موطن الزامى هو موطن وليها أو وصيها ، يتحدد موطنها العام تحديدا اراديا بمحل اقامتها المعتادة المستقرة . ولما كان الغالب أن تكون هذه الاقامة مع زوجها فى مكان واحد فان موطنها يكون حينئذ هو موطنه ، لا باعتباره موطنا الزاميا لها وانما باعتباره هو محل اقامتها المعتادة فعلا . ولذلك ليس ما يمنع من أن يكون للزوجة موطن مختلف عن موطن الزوج ، اذا كانت اقامتها المعتادة – لسبب من الأسباب – فى غير

العربية المتحدة أو فى الخارج ، وتسلم صورتها الى النيابة » (م ١٠/١٣ مرافعات جديدة) . ويقرر كذلك فى صدد الاختصاص أنه « اذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل اقامة فى الجمهورية العربية المتحدة ، ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة ، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل اقامته . فان لم يكن له موطن ولا محل اقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (م ٦١ مرافعات جديد) .

مكان الاقامة المعتادة لزوجها(١) . وكذلك ليس للخادم موطن الزامي هو موطن مخدومه ، وانما يتحدد موطنه تحديدا اراديا بمحل اقامته المعتادة التي قد تكون - على حسب الأحوال - في محل مستقل به أو في نفس مسكن المخدوم أو ملحقاته .

وهذا الموطن القانوني أو الالزامي - كما هو ظاهر - موطن حكمي . اذ لا يعتد القانون في شأنه بمحل الاقامة المعتادة للقاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب كما يقضي الأصل ، وانما يعتد بموطن من ينوب عنه قانونا أي بمحل الاقامة المعتادة لوليه أو وصيه أو القيم عليه أو وكيله ، وقد يكون غير محل اقامة القاصر أو المحجور ، ويكون حتما غير محل اقامة المفقود أو الغائب . وقد راعى المشرع في ذلك صالح القصر والمحجورين والمفقودين والغائبين نظرا لأنهم لا يباشرون شئونهم أو نشاطهم الارادي بأنفسهم بل يباشرها من ينوب عنهم قانونا ، مما يوجب - مواجهة للواقع وتيسيرا للأمور - الاعتداد فيما يخصهم بموطن هذا النائب المتعامل مع الغير باسمهم ولحسابهم .

واذا كان أساس فرض الموطن القانوني أو الالزامي هو انعدام أهلية الشخص أو نقصها أو غيبته أو فقده ، فان وجوده أو بقاءه مفروضا عليه يكون مرتهنا اذن بتوافر أو استمرار هذا الأساس . ولذلك ، فحيث يعترف القانون للقاصر أو المحجور بأهلية أداء كاملة في صدد بعض تصرفات معينة ، تنتفي الحكمة - في شأن هذه التصرفات وحدها - من فرض الموطن القانوني أو الالزامي ، ولذلك سنرى أنه يثبت للقاصر أو المحجور - في شأنها - موطن خاص يتحدد في الأصل بمحل اقامته المعتادة ، بينما يبقى موطنه العام فيما عداها - حيث تكون أهليته منعدمة أو ناقصة - موطنا الزاميا محددا بمحل اقامة وليه أو وصيه أو القيم عليه . وكذلك اذا زال سبب فرض الموطن

---

(١) في هذا المعنى :

شفيق شحاته : فقرة ١١٢ . - عبد الحي حجازي ، ص ١٤٩ . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٣٦٥ .

القانوني أو الالزامي ، بأن بلغ القاصر سن الرشد ، أو عاد المجنون أو المعتوه أو السفيه أو ذو الغفلة الى تمام العقل والادراك واستقامة التقدير بزوال ما ألم به من عارض ، أو ظهر المفقود أو رجع الغائب ، فلا تبقى ثم حاجة الى استمرار فرض موطن الزامي له . اذ تكتمل له أو تعود أهليته لا يعترضها عارض أو يعوقها مانع . فيتحدد موطنه حينئذ ـ طبقا للاصل ـ تحديدا اراديا اختياريا بمحل اقامته المعتادة المستقرة ٠

الوجه الثاني

الموطن الخاص
Le domicile spécial

الى جانب الموطن العام الذى يعتبر المقر القانوني للشخص بالنسبة الى نشاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام . قد يوجد له موطن خاص يكون مقره القانوني بالنسبة الى أوجه نشاط أو أعمال أو معاملات له معينة بالذات وعلى وجه التحديد والتخصيص . وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشأنها ٠ ونعرض فيما يلي لأهم أنواع هذا الموطن الخاص ٠

٢٨٧ ـ الموطن التجارى أو الحرفى

تنص المادة ٤١ من التقنين المدني المصرى على أن « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » ٠ وبمقتضى هذا النص تتركز المعاملات القضائية المتعلقة بأعمال التجارة أو الحرفة فى محل مباشرة صاحبها اياها ، أما ما عدا ذلك من أعماله الأخرى فيبقى الموطن فى شأنها هو موطنه العام أى محل اقامته المعتادة ٠ ومن المسلم أن هذا الموطن الخاص لا ينصرف الى عمل الموظفين العامين ، فلا يعتبر المكان الذى يباشرون فيه وظائفهم موطنا خاصا لهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة(١) ٠

---

(١) فى هذا المعنى :
نقض ٧ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام محكمة النقض (المدنية) ، السنة الثالثة ، رقم ٧٦ ، ص ٤٤٤ ٠

٢٨٨ - موطن ناقص الاهلية في شأن ما يعتبر أهلاً لمباشرته من تصرفات

اذا كان فرض موطن الزامى على القاصر ومن فى حكمه من عديمى الأهلية وناقصيها عموما هو موطن من ينوب عنه من ولى أو وصى أو قيم مرده الى عدم قدرته على تولى شئونه ومباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فتنتفى الحكمة من فرض هذا الموطن الالزامى كما سبق البيان حيث يقرر القانون لناقص الاهلية - خروجا على الاصل العام - أهلية أداء كاملة فى مباشرة بعض أعمال وتصرفات قانونية معينة . لذلك يكون من الطبيعى أن يتحدد له - فى شأن هذه الاعمال والتصرفات - موطن خاص غير موطنه العام الالزامى أى غير موطن وليه او وصيه أو القيم عليه . ويتحدد هذا الموطن الخاص تحديدا اراديا من جانبه ، سواء بمحل اقامته المعتادة وهذا هو الأصل ، أو بمحل مباشرة ما يكون مأذونا فيه من تجارة أو حرفة ، أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين يكون أهلا لمباشرته . فيكون حكم هذا الشخص اذن من حيث الموطن - فى الحدود الاستثنائية المعترف له فيها بالأهلية - هو حكم الشخص كامل الاهلية .

ولذلك تنص المادة ٢/٤٢ من التقنين المدنى على أن « ... يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، ومن فى حكمه ، موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » . واذا كانت هذه المادة تحيل أساسا على ما يقرره القانون من أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة أو السفيه وذى الغفلة المحجور عليه فى شأن ما يؤذن فيه من أعمال الادارة ، ومن أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة فى شأن ما تأذنه المحكمة من مباشرة التجارة ، الا أنه ينبغى النظر الى هذا النص باعتباره مجرد تطبيق للمبدأ الذى أسلفناه من وجوب تقرير موطن خاص لناقص الأهلية فى شأن الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون كامل الأهلية لمباشرتها ، والقياس عليه لتقرير موطن خاص بالتالى فى شأن كل الأحوال الأخرى التى تثبت لناقص الأهلية فيها - ولو كان قاصرا لم يبلغ الثامنة عشرة - أهلية أداء كاملة فى شأن تصرفات معينة(١) .

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٨٥ .

٢٨٩ — الموطن المختار

يقصد بالموطن المختار (Le domicile élu) المحل — غير مكان الاقامة المعتادة(١) — الذى تنصرف الارادة الى اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده . ويعتبر المقر القانونى للشخص فى شأنه مغنيا بذلك عن موطنه العام · واتخاذ موطن مختار ارادى على هذا النحو ، يستوى أن يكون بالعقد أو بالارادة المنفردة · وقد نص القانون على هذا الموطن الخاص بقوله « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل معين » (م ١/٤٣ مدنى) ·

واتخاذ موطن مختار قد يقصد به تثبيت الموطن طوال المدة التى يستغرقها تنفيذ عمل قانونى دون تأثر بتغير محل اقامة ذوى الشأن ، أو تجنيب الدائن مشاق وتكاليف اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين مقيم فى مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز اجراءات التنفيذ فى يد وكيل معين كمحام مثلا ·

والأصل أن اتخاذ موطن مختار يكون أمرا جوازيا لمن يشاء · غير أنه قد يكون وجوبيا على الشخص فى حالات معينة استثنائية · ومن ذلك ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من وجوب تعيين الدائن المرتهن ، ومن فى حكمه من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التى يتم شهرها بطريق القيد ، محلا مختارا له فى دائرة المحكمة الواقع فى اختصاصها العقار محل حقه · وكذلك ما تقضى به المادة ٢/٧٤ من تقنين المرافعات الجديد من أن « على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه » ·

وضمانا لاستقرار المعاملات وحسن تنفيذ الأعمال القانونية وحسما لكل خلاف حول تحديد الموطن المختار ، يستلزم القانون اثبات اختيار هذا الموطن بالكتابة (م ٢/٤٣ مدنى) ، أيا كانت قيمة العمل القانونى المختار الموطن لتنفيذه فيه ضئيلة أو تافهة ·

---

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧٨٦ ·

ويكون الموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى معين هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى (م ٤٣/٣ مدنى) . ويستمر الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانونى المتعلق به ، بحيث يظل — على خلاف الموطن العام — موطنا مختارا ، فى شأن تنفيذه ، لورثة الشخص بعد وفاته(١) .

والاصل أنه لا يتأتى العدول عن الموطن المختار أو تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانونى المتعلق به الا بنفس طريق تقريره . فاذا كان مقررا بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك . ولكن يجوز لأحد الطرفين الانفراد بتغييره اذا كان اختياره مقررا لمحض صالحه وحده ، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الاضرار بالطرف الآخر طالما يتم اعلانه به(٢) .

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 178. — Marty et Raynaud, t. I, No. 980, p. 1201.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, ibid.

المبحث الثالث
النشاط الارادى للشخصية
أو أهلية الأداء

٢٩٠ - تعريف أهلية الأداء

اذا كانت الشخصية ثابتة لكل انسان - على ما رأينا - بحيث يكون صالحا لأن يكون صاحبا للحق والالتزام ، الا أن توليد الحق والالتزام ومباشرته أو أداء وانتاج الآثار القانونية بوجه عام فى ذمة الشخص ، قد لا يتأتى فى بعض الأحوال الا نتيجة نشاط ارادى من جانبه وقدرة معينة من التمييز عنده ، أى نتيجة توافره على أهليه الأداء La capacité d'exercice . فأهلية الأداء اذن هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية فى حقه وذمته ، أو قدرته الارادية على انتاج الآثار القانونية فى حق نفسه ، أو هى - بايجاز - قدرته على اجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه . وهذا التعريف يتيح تحديد نطاق أهلية الأداء ومناطها على السواء .

٢٩١ - نطاق أهلية الأداء

(١) اقتصار أهلية الأداء على التصرفات القانونية : ما دامت أهلية الأداء هى صلاحية أو قدرة ارادية على انتاج أو توليد آثار قانونية ، فلا بد أن يتحدد نطاقها اذن بالأعمال الارادية لا عمال المادية ، أى بالتصرفات القانونية وحدها دون الوقائع القانونية(١) . فالتصرفات القانونية - كما

---

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, Nos. 795, 796.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ هامش «١» ص ٢٦٩ . - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٨٤ . - سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٤ . - اسماعيل غانم ، ص ١٨٧ و ١٨٨ .

ولكن انظر عكس ذلك :

شفيق شحاته ، فقرة ٨٢ . - شمس الدين الوكيل ، ص ٤٩ - ٥٢ .

سنرى - هى ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانونى معين ، بحيث يترتب هذا الأثر ويتحدد بالارادة مباشرة ٠ أما الوقائع القانونية ، فليست الا أعمالا مادية يرتب القانون وحده عليها - حتى ولو كانت اختيارية - أثرا قانونيا معينا ٠

وما دامت الآثار القانونية تترتب بارادة الشخص مباشرة فى التصرفات القانونية ، ولا تترتب الا بالقانون نفسه فى الوقائع القانونية دون اعتداد بوجود الارادة أو عدم وجودها ، فان قدرة الشخص على النشاط الارادى الذى تعبر عنه أهلية الأداء ، لا تتصور اذن الا فى التصرفات القانونية حيث يكون للشخص سلطة توليد الآثار القانونية بارادته مباشرة ٠ أما حيث يتعلق الأمر بوقائع قانونية أو أعمال مادية صادرة عن الشخص ، فلا يتصور القول بوجود أهلية أداء له فى شأنها ٠ ذلك أن أهلية الأداء تفترض - على أى نحو فهم مدلولها - وجود صلاحية أو قدرة معينة لدى الشخص على توليد الآثار القانونية بنفسه ، وليست للشخص مثل هذه الصلاحية أو القدرة فى شأن أعماله المادية ٠ اذ ليس قيامه بها - حتى ولو كان اختياريا - هو الذى يولد بذاته الآثار القانونية عليها ، بل الذى يولد هذه الآثار هو القانون نفسه دون اعتداد باختياره وارادته ، فان كانت ثمة قدرة على توليد الآثار القانونية بشأن أعمال الشخص المادية ، فهى فى الواقع قدرة القانون لا قدرة الشخص أو أهليته(١) ٠

(٢) التمييز بين أهلية الأداء وبين الولاية : اذا كانت أهلية الأداء تعنى صلاحية الشخص أو قدرته على التعبير عن ارادته تعبيرا منتجا آثاره القانونية ، فهى تعنى هذه الصلاحية أو القدرة من حيث انتاج الآثار القانونية لحساب نفس الشخص لا لحساب غيره من الأشخاص ، وهذا هو الفيصل بين أهلية الأداء وبين الولاية عموما والولاية على المال خصوصا ٠ فالولاية انما تعنى سلطة لشخص على نفس أو مال شخص آخر عديم أهلية الأداء أو ناقصها أساسا أو يقوم به مانع من موانعها أحيانا ، بمقتضاها يقوم من له

---

(١) راجع فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٩٠ و ٧٩١ ٠

الولاية بتصرفات قانونيـة تنتج أثرها فى حق نفس أو مال المولى عليـه ٠ فالولاية اذن انما تفترض عدم قدرة المولى عليه على القيام بنفسه ولحسـابه بالتصرفات القانونية نظرا لانعـدام أو نقص أهلية أدائه أو وجود مانع من مباشرته اياها ، مما يوجب تغطية هذا العجز من جانبه بالتولية عليه ، بحيث تثبت للولى سلطة القيام ـ بدلا عنه ولحسابه ـ بما يعجز عن القيـام به من تصرفات قانونية بحيث تنصرف اليه آثارها كما لو كان هو الذى أجراها ٠

٢٩٢ ـ مناط أهلية الأداء

اذا كانت أهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسـه ولحسابه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القـانونية ، فمقتضى ذلك وجوب توافر ارادة واعية بصـيرة بما تتجه الى احداثه من أثر قانونى ، وهـو ما يتطلب كامل الادراك والتمييز عند الشخص ، ولذلك يكون مناط أهلية الأداء هـو كمال التمييز والارادة ٠

وتحديد مناط أهلية الأداء على هـذا النحو ، لا يجعل الناس متساوين فيها لاستحالة تساويهم فى كمال التمييز والارادة وهـو مناطها ٠ ولذلـك تتراوح أهلية الأداء عند الأشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقصان والكمال تبعا لانعدام أو نقص أو اكتمال التمييز والارادة عنـد كل منهم ٠ فلا تكون للفرد أهلية أداء كاملة الا اذا كان كامل التمييز والارادة ، أما اذا كان ناقص التمييز والارادة أو عديمهما ، فهو ناقص أهلية الأداء أو عديمها ٠

واذا أردنا أن نربط بين أهلية الأداء وأهليـة الوجوب والشخصية من حيث ثبوتها للانسـان ، لوجب القول بأن كل انسان تثبت له الشخصية ، ويكون له بمقتضى الشخصية حد أدنى من أهلية الوجوب ، فلا يتصور انسان دون أهلية وجوب ولو قاصرة أو محدودة ٠ ولكن ثبوت الشخصية وأهليـة الوجوب له أيا كان مداها ، لا يحتم الاعتراف له بأهليـة أداء ، لأن مناطهـا التمييز وقد يكون منعدما عنده ٠

وتحديد مناط أهلية الأداء على هذا النحو ، يتيح كذلك تمييز أهليـة الأداء عما قد يشتبه بها من أوضاع تتعلق بعدم قابلية بعض الأموال للتصرف

كالاموال العامة وأموال الوقف ، أو بمنع التصرف فى بعض الأموال بمقتضى شرط ارادى صحيح ، أو بحرمان بعض الأشخاص من التعامل أو التعاقد على أشياء معينة ، كحرمان القضاة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع عليها والداخلة فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م ٤٧١ مدنى) ، وكحرمان النائب من التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه بشرائه مثلا لنفسه الشيء المنوط به بيعه بموجب هذه النيابة (م ١٠٨ و ٤٧٩ مدنى) • فكل هذه الأوضاع لا شأن لها بأهلية الأداء ، لأنها لا تترتب على انعدام أو نقصان التمييز عند الأشخاص(١) • وانما تترتب هذه الأوضاع لأسباب أخرى بعيدة عن التمييز وعن أهلية الأداء • كحماية تخصيص معين لبعض الأموال يقتضى منع التصرف فيها مثل التخصيص لمنفعة عامة أو لغرض من أغراض البر التى لا تنقطع أو لضمان تحقيق مصلحة مشروعة مدة معينة من الزمان ، أو كتنزيه القضاء وصيانة سمعته وتأكيد حيدته ، أو كحماية الأصيل من تحيز النائب اذا انفرد بالتعاقد باسمه مع نفسه •

واذا تحددت أهلية لأداء على هذا النحو من حيث النطاق والمناط فينبغى التعرض من بعد لأحكامها ، ثم لأحكام ما يكملها ـ عند الانعدام أو النقص أو المانع ـ من الولاية على المال •

المطلب الأول

أحكام أهلية الأداء

٢٩٣ ـ أنواع التصرفات القانونية التى ترد عليها الأهلية

اذا كانت أهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية فى حقه • فمعنى ذلك قدرته على أن يجرى

---

(١) أنظر فى التمييز بين أهلية الأداء وهذه الأوضاع :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ فقرة ١٤٧ • ـ شفيق شحاته ، فقرة ٨٢ ، ص ٧٢ •

بنفسه ولحسابه التصرفات القانونية كلها بأنواعها المختلفة ، وهو ما يقتضي بيان هذه الانواع من حيث تعلقها بأهلية الاداء واهميتها لها ٠

والقانون يقسمها ـ من هذا الوجه ـ أنواعا ثلاثة : تصرفات نافعة نفعا محضا ، وتصرفات ضارة ضررا محضا ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر ٠ أما التصرفات النافعة نفعا محضا ، فهي تلك التي ترتب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه ، كقبول الهبة ٠ وأما التصرفات الضارة ضررا محضا ، فهي تلك التي ترتب افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ، كالايهاب والايصاء ٠ وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهي تلك التي لا ترتب لمن يباشرها اغتناء محضا ولا افتقارا محضا لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتمل بطبيعتها الكسب كما تحتمل الخسارة(١) ، ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات ما يسمى بأعمال التصرف التي ترمي الى تقرير حق عيني على الشيء كالبيع ، وما يسمى بأعمال الادارة وهي التي ترمي في الأصل الى مجرد استغلال الشيء كالايجار والتصرف في غلته أو ريعه ٠

فاذا كان الشخص كامل أهلية الأداء ، ثبتت له قدرة مباشرة هذه التصرفات بأنواعها الثلاثة ٠ واذا كان عديم الأهلية ، امتنع عليه مطلقا مباشرة أي نوع منها ٠ واذا كان ناقص الأهلية ، جاز له مباشرة النافع منها نفعا محضا ، وامتنع عليه مطلقا مباشرة الضار ضررا محضا ، وتوقفت مباشرته الدائر بين النفع والضرر منها وصحته على اذن أو اجازة من له الولاية عليه أو المحكمة على حسب الأحوال ٠

٢٩٤ ـ منهج البحث

اذا كان مناط أهلية الأداء كمال الارادة والتمييز ، فمقتضى ذلك تدرجها مع تدرج التمييز في الانسان تبعا للسن ، وتأثرها ـ حتى بعد كمال التمييز

---

(١) تكون العبرة بطبيعة التصرف لا بنتيجته ، ولذلك فمهما حقق التصرف من كسب لمن باشره ، يظل ـ رغم ذلك ـ تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، ما دام انه بطبيعته محتمل الكسب والخسارة على السواء ٠

والرشد ـ بما قد يعترض التمييز من عوارض تعدمه أو تنتقص منه · واذا اكتمل التمييز للانسان دون عارض يعترضه ، فتكون له أهلية أداء كاملة ، ولكن قد يعوقه أحد الموانع عن مباشرتها · فنعرض لأحكام هذه الأهلية اذن فى تدرجها بتدرج السن ، وفى عوارضها ، ثم فى موانعها ·

الوجه الأول
تدرج الأهلية بتدرج السن

لما كان مناط أهلية الاداء كمال التمييز ، وكان التمييز متدرجا عند الانسان تبعا للسن ، فان أهلية الأداء تتدرج اذن تبعا لتمييز والسن من الانعدام الى النقص الى الكمال ·

٢٩٥ ـ انعدام الأهلية

قلنا ان أهلية الأداء مناطها كمال التمييز ، والتمييز منعدم تماما عند من لم يبلغ السابعة وهو من يعرف عادة لذلك باسم الصبى غير المميز ، فتكون اهلية الأداء عنده منعدمة انعداما تاما · وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ من التقنين المدنى بقولها « ١ ـ لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن ·· ـ ٢ ـ وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز » ·

ومعنى انعدام أهلية الأداء عند الصبى غير المميز ، انعدام قدرته على اجراء أى نوع من أنواع التصرفات القانونية حتى ما كان منها نافعا له نفعا محضا كقبول الهبة ، اذ قوام التصرفات القانونية هو الارادة ، ولا ارادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره · وبذلك تعتبر جميع تصرفاته القانونية باطلة لا يرتب القانون عليها أى أثر · وقد نصت على ذلك المادة ١١٠ من التقنين المدنى بقولها « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله · وتكون جميع تصرفاته باطلة » ·

والمقصود ببطلان جميع تصرفات الصبى غير المميز ، بطلانها بطلانا مطلقا أى اعتبارها منعدمة كأن لم تكن ، بحيث يكون لكل ذى مصلحة ـ سواء كان

هو نفس الصغير بعد اكتمال أهليته ، أو الولى أو الوصى أو من تعاقد مع الصغير غير المميز — التمسك بالبطلان ، ويجب على المحكمة القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد من ذوى الشأن ، وتظل هذه التصرفات باطلة لا تصححها أية اجازة لاحقة (م ١٤١/١ مدنى) سواء من الصغير بعد اكتمال أهليته أو من الولى أو الوصى قبل ذلك ٠

٢٩٦ — نقص الأهلية

تكون الأهلية ناقصة أى لا منعدمة تماما ولا مكتملة تماما ، فيما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أو سن الرشد ، أى فيما بين السابعة والحادية والعشرين ، اذ يكون التمييز فى هذا الدور من الحياة وسطا بين الانعدام والاكتمال ، فيكون الصبى المميز اذن — وهو من يكون بين هذين السنين — ناقص الأهلية ٠ وعلى ذلك تنص المادة ٤٦ من التقنين المدنى بقولها : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ٠٠ يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » ٠ وقد بين القانون حكم القواعد العامة فى هذا الشأن ، ولكنه ترخص فى الخروج عليها فى أحوال معينة ٠

(١) حكم القواعد العامة : الصبى المميز ناقص الأهلية(١) بمعنى أنه ليست له أهلية أداء الا فى صدد بعض التصرفات دون البعض الآخر ٠ وتقضى القواعد العامة فى هذا الشأن بأنه يعتبر كامل الأهلية تماما — كمن بلغ سن الرشد — فيما يتعلق بالتصرفات النافعة له نفعا محضا ، فتصدر عنه صحيحة ٠ وعلى العكس من ذلك ، يعتبر عديم الأهلية — كالصبى غير المميز — فيما يتعلق بالتصرفات الضارة به ضررا محضا ، فتقع باطلة بطلانا مطلقا لا تصححها أية اجازة (م ١١١/١ مدنى) ٠

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فالأصل أنه ليس للصبى المميز مباشرتها بنفسه ، وانما يباشرها عنه الولى أو الوصى ٠ فان باشر

---

(١) انظر فى اعتراض البعض على وصف الصبى المميز بانه ناقص الأهلية : سليمان مرقس ، هامش «٢» ، ص ٣٨٦ — ٣٨٨ ٠
وانظر فى مناقشة هذا الاعتراض : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧٩٧ ٠

الصبى المميز هذه التصرفات بنفسه ، لم تكن صحيحة تماما ولا باطلة بطلانا مطلقا ، وانما باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للابطال لمصلحة الصبى المميز نفسه(١) (م ١١١/٢ مدنى) • بمعنى أنها تكون صحيحة ولكن يمكن أن يطلب ابطالها من له الحق فى ذلك ، أى اما الولى أو الوصى واما الصبى المميز بعد بلوغه سن الرشد • فاذا قضى بابطال هذه التصرفات ، اعتبرت كأن لم تكن(٢) • ولكن اذا أجاز هذه التصرفات من له حق اجازتها ، أى المحكمة أو الولى أو الوصى أو الصبى المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد(٣) ، تأكدت صحة هذه التصرفات نهائيا وامتنع طلب ابطالها بعد ذلك (م١١١/٢ مدنى) •

(٢) **الخروج على حكم القواعد العامة** : ذلك هو حكم القواعد العامة فى مدى أهلية الصبى المميز أو القاصر لمباشرة التصرفات القانونية • غير أن المشرع قد خرج على هذا الحكم فى حالات استثنائية أوردها على سبيل الحصر ، نعرض لها فيما يلى :

(١) تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » • وبذلك تصبح للصبى المميز مطلقا

---

(١) لما كان ابطال تصرفات الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر مقصودا به حمايته ، فالأصل أنه ليس للطرف الآخر – سواء كان عالما أو جاهلا بنقص الأهلية – طلب الابطال بناء على هذا النقص • ولكن يبدو أنه ليس من حق القاصر فرض تصرفت قانونية على الغير لا يشاركه فيها مختارا ، كرفع دعوى قضائية على الغير ، فحينئذ يكون جائزا تخويل الغير طلب الابطال كذلك •

أنظر فى هذا المعنى : نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، السنة الثانية ، رقم ٣١ ص ١٦٢ •

(٢) ومعنى ذلك فى الأصل اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل • ولكن خروجا على هذا الأصل لا يلزم ناقص الأهلية – اذا قضى بالابطال لنقص أهليته – أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢ مدنى) •

(٣) ولكن يسقط حق الصبى المميز فى الابطال اذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات من هذا البلوغ الذى أزال نقص أهليته (م ١٤٠ مدنى) •

ومنذ بلوغ سن السابعة(١) أهلية أداء كاملة(٢) فيما يتعلق بالتصرف فى أموال نفقته دون توقف على اجازة أحد . ولكن المشرع راعى مصلحته بأن قرر له ذمة خاصة بأغراض نفقته الى جوار ذمته العامة ، بحيث لا تكون الديون المتعلقة بهذه الأغراض مضمونة الا فى حدود المال المخصص لها ، فلا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة .

(٢) تنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون ... » والقانون انما يقصد بذلك الاعتراف للقاصر منذ بلوغه السابعة بأهلية أداء كاملة فى ابرام عقد العمل بوصفه عاملا(٣) ، لا بوصفه رب عمل لأن ذلك يقتضى أن تكون له سلطة ادارة أمواله أو بعضها وهو ما لا يتحقق قبل الثامنة عشرة(٤) وهو يستهدف من ذلك تأكيد حرية الصغار فى العمل واختيار نوعه دون أن يجبروا عليه من قبل الولى أو الوصى ، ما داموا قد بلغوا سن بدء التمييز وهى السابعة . ولكن مقابل هذه الحرية الكبيرة المعطاة للقاصر للتعاقد كعامل ، جعل المشرع للمحكمة حق التعقيب على استعماله لها ، بأن أعطاها سلطة خطيرة فى انهاء ما أبرمه القاصر من مثل هذا العقد ، بناء على طلب الوصى أو ذى الشأن ، اذا كان فى الانهاء مصلحة جدية للقاصر أو مصلحة

---

(١) أنظر فيما يراه البعض من الاعتراف بالأهلية فى هذه الحالة حتى للصبى غير المميز : منصور مصطفى منصور ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٣ .

(٢) قارن مع ذلك :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٢ . — منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٣ — ١٥٤ .

(٣) ولكن اذا كان بلوغ سن التمييز كافيا لابرام عقد العمل من جانب العامل ، الا أنه يجب مراعاة ما يفرضه المشرع المصرى من حد أدنى لسن تشغيل العمال ، بحيث تعتبر عقود العمال القصر الذين لا يبلغون الثانية عشرة (أو الخامسة عشرة أو السابعة عشرة حيث يكون ذلك متطلبا) باطلة بطلانا مطلقا لمخالفتها هذا الحد الأدنى الآمر ، وذلك رغم ما يتوافر لهم من أهلية ابرامها (أنظر كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، ط ٢ ، ١٩٦٩ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٩٠ — ١٩١) .

(٤) فى هذا المعنى :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦١ ، فقرة ٢٢٠ . — كتابنا أصول قانون العمل ، ج١ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٨٩ .

أخرى ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) ، بأن كانت صحته مثلا لا تحتمل مشاق العمل أو كان من مصلحته توجيهه توجيها آخر الى احتراف مهنة أخرى أو اكمال تعليمه بما يتيح له مستقبلا أوسع ويضمن له مركزا أفضل • وواضح أن قرار المحكمة بانهاء العقد لا يعنى ابطاله ، فقد عقد صحيحا من شخص يعترف له المشرع ــ رغم قصره ــ بأهلية كاملة فى ابرام عقد العمل الفردى ، ولذلك لا تنصرف آثار هذه الانهاء الى الماضى وانما الى المستقبل وحده •

(٣) تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال ، على أن « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » • وبذلك تصبح للقاصر بقوة القانون اذا بلغ السادسة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف فى الأجر أو المرتب(١) الذى يحصل عليه من وراء عمله الخاص ، فيكون تصرفه فى هذا الشأن صحيحا غير متوقف على اجازة أحد • غير أنه مراعاة لمصلحته ، قرر المشرع أن التزاماته فى هذا الشأن لا يتعدى أثرها حدود كسبه ، وبذلك جعل له ذمة خاصة بكسبه الى جوار ذمته العامة • ولكن يكون للمحكمة ، اذا اقتضت المصلحة وحماية للقاصر ، أن تقيد حقه فى ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية (م ٢/٦٣) •

(٤) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه « اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسلم أمواله لادارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » • وبمقتضى هذا النص تكون للصبى المميز البالغ الثامنة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بأعمال الادارة وحدها دون أعمال التصرف ،

---

(١) أنظر فيما يقرره تقنين العمل للقاصر البالغ الرابعة عشرة من أهلية قبض الأجر ، وفى انعدام التناسق بين هذا الحكم وبين حكم قانون الولاية على المال باعطاء القاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فى الأجر :

كتابنا أصول قانون العمل ، ج١ ، فقرة ١٥٢ ، ص ٤٤١ و ٤٤٢ •

بشرط أن يؤذن له في تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها ممن يملك هذا الاذن ، أى من الولى باشهاد لدى الموثق أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

ويفرض قانون الولاية على المال قيودا معينة على أهلية أداء القاصر المأذون في شأن أعمال الادارة ، فلا يجيز له تأجير المبانى لمدة تزيد على سنة ، ولا التصرف فى صافى دخله(١) الا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (م ٥٦) . ويخضع القاصر المأذون في الادارة — فضلا عن ذلك — لرقابة المحكمة ، اذ عليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى ، ويجوز للمحكمة أن تحد من الاذن المعطى للقاصر أو تسلبه اياه بعد سماع أقواله ، اذا قصر فى تقديم الحساب السنوى أو أساء التصرف فى ادارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده (م ٥٨ و ٥٩ من قانون الولاية على المال) ، ويجوز للولى كذلك — اذا كان هو الذى أذن للقاصر فى تسلم كل أمواله أو بعضها لادارتها — أن يسحب هذا الاذن أو يحد منه باشهاد لدى الموثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) .

(٥) تنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية ، أن يتجر الا اذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك اذنا مطلقا أو مقيدا » على حسب ما تتبين من ظروفه . ويراعى أن الاذن للقاصر بالتجارة وان كان يستوى مع الاذن له بالادارة فى اشتراط بلوغه الثامنة عشرة ، الا أنه لا يصدر الا من المحكمة وحدها حتى مع وجود الولى ، بينما يكفى اذن الولى لمباشرة أعمال الادارة ، وما ذلك الا زيادة احتياط وتدقيق فى الترخيص للقاصر بالتجارة نظرا لما يحفها من مخاطر يخشى منها على أمواله(٢) .

---

(١) يخرج عن ذلك دخله من عمله ، اذ تثبت له منذ بلوغه السادسة عشرة أهلية التصرف الكاملة فيه كما سبق البيان (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، متن وهامش «١» ص ٦٢٧) .

(٢) أنظر فى أهلية القاصر المأذون له فى التجارة :
مصطفى كمال طه ، ج١ ، فقرات ٢٠٠ و ٢٠١ .

(٦) رغم أن الايصاء تصرف من التصرفات الضـارة ضررا محضا ، فلا يجوز من الصبى المميز ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا ان أجراه الا أن قانون الوصية أجاز وصية القاصر البالغ الثامنة عشرة بشرط حصوله على اذن من المحكمة (م ٥) ، مراعيا فى ذلك أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا تلحق ضررا حالا بالقـاصر وأنها على أي حال معلقة على اذن المحكمـة وموافقتها[1] . وبذلك تعتبر وصية مثل هذا القاصر - خلافا لطبيعتها - فى حكم التصرفات الدائرة بين النفـع والضرر ، أى تكون باطلة بطلانا نسبيا أن أجراها دون الحصول على الاذن المذكور ، فتكون صحيحة حتى يحكم بابطالها اذا طلب الابطال القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه قبل ذلك ، وتتأكد صحتها نهائيا أن أجازتها المحكمة أو أجازها القاصر بعد بلوغ سن الرشد .

٢٩٧ - كمال الأهلية

اذا بلغ الشخص سن الرشد - وهى احدى وعشرون سنة فى القانون المصرى - اعتبره القانون فى الأصل كامل التمييز والارادة الواعية البصيرة . ولما كان كمال التمييز والارادة مناط أهلية الأداء ، فيكون هذا الشخص كامل الأهلية كمالا مطلقا بحيث يملك اجراء كل أنواع التصرفات القانونية بنفسه، سواء منها النافع نفعا محضا والضار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر (م ٤٤ مدنى) .

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو ، معناه انتهاء الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة عليه ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصـاية عليه (م ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال) ، بسبب اصابته بعارض يفقـده قواه العقلية كالجنون أو العته[2] أو يخل بتقديره وتدبيره كالسفه أو الغفلة . ومتى تقرر استمرار

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٩٥ .

(٢) انظر فيما يراه البعض من استمرار الولاية او الوصاية فى حالتى الجنون والعته =

الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، فتظل قائمة لا يرفعها الا قرار من المحكمة فى حال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كامل الأهلية ٠

الوجه الثانى

عوارض الأهلية

٢٩٨ ـ أثر عوارض الأهلية فى اعدامها أو الانتقاص منها

اذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، اعتبر منذ هذا البلوغ كامل أهلية الأداء ٠ والأصل أن يستمر كمال أهليته حتى انتهاء شخصيته بالموت ٠ ولكن قد يطرأ على عقل الشخص عارض يعدم تمييزه وارادته كالجنون والعته فيعده القانون عديم الأهلية ، أو يطرأ على تقديره عارض يخل بحسن تدبيره وبصره بالأمور كالسفه والغفلة فيعده القانون ناقص الأهلية ٠ ويحجر عليه فى الحالتين بحكم يصدر من المحكمة ، وينصب الحكم قيما عليه ، ولا يرفع الحجر عنه الا بحكم يقضى بذلك ٠

٢٩٩ ـ الجنون والعته

يقصد بالجنون ذلك المرض الذى يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز ، وبالعته ذلك الخلل الذى يعترى العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم ٠ والأصل أن العته لا يعدم التمييز دائما كالجنون ، فقد يقتصر أحيانا على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغى معه التفريق فى الحكم بين العته المعدم للتمييز والمساوى للجنون وبين مجرد العته المنتقص من التمييز ٠ ولكن القانون المصرى ـ أمام دقة التمييز بين نوعى

= وحدهما دون حكم سابق من المحكمة بذلك :
عبد الفتاح عبد الباقى ص ٩٢ و ٩٣ ، وهامش «١» ص ٩٣ ٠
وأنظر فى مناقشة هذا الرأى :
كتابنا اصول القانون ، هامش «٢» ص ٨٠٥ ٠

العته ـ أغفل هذا التفريق(١) ، وسوى فى الحكم بين المجنون وبين المعتوه عموما ، فاعتبر كلا منهما عديم الأهلية كالصبى غير المميز(٢) ، اذ نص على أنه « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون » (م ٤٥/١ مدنى) ٠ ويراعى أن المشرع المصرى فى اعتباره الجنون معدما للأهلية ، لا يفرق ـ كما يفعل فقهاء الشريعة الاسلامية ـ بين جنون مطبق كامل يستوعب كل الأوقات وبين جنون غير مطبق متقطع بالافاقة فى بعض الأوقات(٣) ، وحسنا فعل ، لأن ذلك أدعى الى الحسم والقطع فى أمر كهذا يستعصى على الاثبات ويفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات ٠

وعلى ذلك ، فكل تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا ، سواء منها النافع له نفعا محضا والضار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر ٠ غير أن اجراء حكم البطلان يفترض فى الأصل صدور قرار من المحكمة بالحجر على المجنون أو المعتوه وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون الولاية على المال) ، لأن الجنون والعته عارضان طارئان خلافا للأصل من اكتمال الأهلية منذ بلوغ سن الرشد ٠ ولكن تحذير الكافة من احتمال توقيع الحجر على المجنون أو المعتوه واعلامهم بهذا التوقيع من بعد ، يقتضى تسجيل طلب الحجر أو قرار الحجر ، بحيث لا يعتد بأثر الجنون أو العته ، المعدم للأهلية الا منذ هذا التسجيل ٠ وعلى هذا النحو ، اذا صدر من المحكمة قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه ، فيعتبر فى حكم فاقد الأهلية فى مواجهة الكافة من تاريخ تسجيل طلب الحجر أو من تاريخ تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل

---

(١) أنظر فى الأخذ بهذا التفريق فى الشريعة الاسلامية :
أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٣٥٢ وما بعدها ، أنظر ص ٣٧٣ و ٣٧٤ ٠ ـ عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ص ١٠٣ ٠

(٢) قارن مع ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٧ ٠ ـ سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٦ ٠

(٣) أنظر فى هذه التفرقة :
أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧٣ ٠ ـ عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ ٠ ـ عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٥ ٠

الطلب ، بحيث تقع كل تصرفاته الصادرة بعد هـذا التسجيل أو ذاك باطلة بطلانا مطلقا (م ١/١١٤ مدنى ، و م ٢/١٠٢٨ مرافعات[١]) .

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاقد الأهلية الا منذ تسجيل طلب أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الأهليـة الى حين حصول مثل هـذا التسجيل ، فلا تعتبر تصرفاته فى هذه الفترة باطلة على أساس انعدام الأهلية رغم قيام حالة الجنون أو العته فى الواقع . ومع ذلك ، فهى تعتبر فى الأصل باطلة فى هذه الفترة على أسـاس آخر هو انعدام الارادة عنـده وهى قوام التصرفات القانونية . ولكن اذا كان من شأن اطلاق هذا الحكم بسط حماية كبيرة على المجنون أو المعتوه ، الا أن هذه الحماية تتحقق على حساب الغير حسن النية . لذلك رأى المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحـالى[٢] أن لا يحمى المجنون أو المعتوه فى هذه الفترة الا بالقدر الذى لا يضر المتعاقد معـه حسن النية ، فنص على أنه « اذا صـدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر (أو تسـجيل طلب الحجر « م ٢/١٠٢٨ مرافعات ») ، فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » (م ٢/١١٤) .

وعلى هذا النحو ، لا يوجد ما يحول دون اعمال الأصل وتوفير أكبر قدر من الحماية للمجنون أو المعتوه فى الفترة السابقة على تسجيل طلب أو قرار الحجر ، باعتبار كل تصرفاته خلالها باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الارادة ، اذا كان المتعاقد معه سيء النية يعلم بقيام حالة الجنون أو العته أو كان من اليسير أو الواجب عليه العلم بها نظرا لشيوعها . أما اذا كان المتعاقد معـه حسن

---

(١) هذه المادة من بين مواد قانون المرافعات الملغى التى لم يلغها قانون المرافعات الجديـد بل أبقى على العمل بها بعد نفاذه .

(٢) كان القضاء المصرى جاريا فى ظل التقنين المدنى القديم على اطلاق حكم البطلان حماية للمجنون والمعتوه .

انظر بخاصة فى ذلك :

نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة احكام محكمة النقض ، دار النشر للجامعـات ، السنة الأولى ، رقم ٤٣ ، ص ١٤٩ . — نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ . مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، السنة الثالثة ، رقم ١٨ ، ص ٩٣ .

النية لا يعلم بحالة الجنون أو العته أو لم يكن في استطاعته العلم بها لعدم ذيوعها وشيوعها ، فرعاية لحسن نيته وتحقيقا للأمن والاستقرار في المعاملات ، يترخص المشرع في رفع الحماية عن المجنون أو المعتوه والخروج على الأصل من وجوب اعتبار تصرفاته في هذه الفترة باطلة لانعدام الارادة ، فيجعل لهذا المتعاقد حق التمسك بصحة تصرفات المجنون أو المعتوه(١) ٠

٣٠٠ ـ السفه والغفلة

يقصد بالسفه التبذير والسرف في انفاق المال على غير ما يقضي به العقل(٢) ٠ ويقصد بالغفلة سهولة التردي في الغبن لسلامة القلب والنية وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات(٣) ٠

(١) نقص أهلية السفيه أو ذي الغفلة في الأصل بالحجر عليه :

نظرا لأن السفه والغفلة لا يعتبران معدمين للعقل أو التمييز ، بل يصيبان بالخلل سلامة التقدير وحسن التدبير ، فان القانون يعد كلا من السفيه وذي الغفلة في الأصل ناقص الأهلية (م ٤٦ مدني) ، ويسوي بذلك بينه وبين الصبي المميز في الحكم ٠ وعلى ذلك ، تكون تصرفات السفيه وذي

---

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، فقرة ١٥٦ ٠ ـ سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٦ ٠ ـ شمس الدين الوكيل ، ص ٨٠ و ٨١ ٠ ـ أنور سلطان ، ج١ فقرة ٦٥ ٠ ـ اسماعيل غانم المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٠ و ٢١١ ٠

نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ المشار اليه في الهامش السابق ٠

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر تقع باطلة حتى ولو كان الجنون أو العته غير شائع أو كان الطرف الآخر على غير بينة منه ، وذلك على أساس انعدام الارادة (عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٠٤ ٠ ـ عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ٦٩ ، ص ١٠٥ ـ ١٠٧) ٠

ولكن أنظر في انتقاد هذا الرأي : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨١١ ـ ٨١٢ ٠ ـ منصور مصطفى منصور ، هامش ص ١٧٨ ٠

(٢) أنظر نقض ٢٠ يونية ١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض ، السنة الثامنة ، رقم ٦٩ ، ص ٦١٩ ٠

(٣) أنظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، المجموعة السالفة الذكر ، السنة السادسة ، رقم ٤٩ ، ص ٣٨٦ ٠

الغفلة صحيحة اذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وتكون باطلة بطلانا مطلقا اذا كانت ضارة ضررا محضا ، وتكون باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للابطال اذا كانت دائرة بين النفع والضرر ٠

غير أنه لما كان السفه والغفلة عارضين طارئين خلافا للأصل من اكتمال الأهلية منذ بلوغ سن الرشد ، فان أثرهما فى الانتقاص من الأهلية بعد كمالها ـ كأثر الجنون والعته فى اعدام الأهلية ـ لا يتحقق الا بقرار يصدر من المحكمة بالحجر على السفيه أو ذى الغفلة(١) وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون الولاية على المال) ٠ ويعتد المشرع فى ذلك ـ كما يعتد فى شأن الجنون والعته ـ بتسجيل طلب او قرار الحجر ، بحيث لا تأخذ تصرفات السفيه أو ذى الغفلة المحجور فى مواجهة الكافة حكم تصرفات الصبى المميز الا اذا صدرت منه بعد تسجيل طلب الحجر أو بعد تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب (م ١١٥/١ مدنى ، و م ١٠٢٨/٢ مرافعات) ٠ فما يصدر منها بعد هذا التسجيل ، يكون صحيحا اذا كان نافعا نفعا محضا ، وباطلا بطلانا مطلقا اذا كان ضارا ضررا محضا ، وقابلا للابطال اذا كان دائرا بين النفع والضرر ٠

أما تصرفات السفيه أو ذى الغفلة المحجور التى تصدر قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر ، فتعتبر كلها فى الأصل صحيحة ٠ ولكن حماية مال السفيه أو ذى الغفلة من نفسه أو من الغير ، يقتضى الخروج على هذا الأصل ، بتقرير نقص أهليته وبطلان تصرفاته أو قابليتها للابطال على حسب الأحوال رغم وقوعها قبل هذا التسجيل ، فى مواجهة المتعاقد معه سيء النية الذى يقصد بالتعاقد استغلال حالته من السفه أو الغفلة أو يبيت به معه التوقي من آثار الحجر المتوقع تحايلا وتواطؤا على حكم القانون ٠

---

(١) أنظر فى اختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فى اختلاف أبى حنيفة والصاحبين حول جواز الحجر على السفيه أو ذى الغفلة البالغ :

أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٢٣ ـ ٥٢٦ ٠ ـ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ و ٢٤٠ ٠ ـ عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١١٢ ـ ١١٥ ٠ ـ محمد مصطفى شلبى ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، ص ٣٢٠ ـ ٣٢٢ ٠

لذلك قضى المشرع بأن التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر « لا يكون باطلا أو قابلا للابطال الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » (م ٢/١١٥ مدنى ، و م ٢/١٠٢٨ مرافعات) ·
وعلى هذا النحو ، لا يكفى لبطلان أو ابطال تصرفات السفيه أو ذى الغفلة المحجور الواقعة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر مجرد شيوع حالة السفه أو الغفلة أو حتى علم المتعاقد معه بهذه الحالة ، بل يجب أساسا اما توافر الاستغلال من جانب الأخير لهذه الحالة واما قيام التواطؤ بينه وبين السفيه أو ذى الغفلة على تمكينه من التهرب مقدما من آثار الحجر المرتقب(١) ·

(٢) الخروج على أصل نقص أهلية أو ذى الغفلة المحجور :

اذا كان مقتضى الأصل اعتبار السفيه أو ذى الغفلة المحجور ناقص الأهلية على النحو السالف ذكره ، الا أن المشرع قد خرج صراحة على هذا الأصل فى الحالتين الآتيتين :

(١) أجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة المحجور عليهما الايصاء(٢) بشرط الحصول على اذن من المحكمة (م ١/١١٦ مدنى) ، وذلك رغم أن هذا التصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا مما كان ينبغى معه اعتباره — طبقا للأصل — باطلا بطلانا مطلقا · وبذلك تأخذ وصية السفيه أو ذى الغفلة المحجور استثناء حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للابطال اذا صدرت منه دون اذن من المحكمة ·

---

(١) أنظر نقض ٢٨ يناير ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٠ ، ع ١ ، رقم ٣٠ ، ص ١٨٢ ، حيث يقرر الحكم أنه « يكفى ··· لابطال التصرف الصادر من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فلا يشترط — وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض — اجتماع هذين الأمرين ، بل يكفى توافر أحدهما · والمقصود بالاستغلال أن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة · أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه الحجر عليه فيعمد الى التصرف فى أمواله الى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب » ·

(٢) يقرر النص كذلك صحة الوقف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة المحجور متى أذنته المحكمة فيه · ولكن لم يعد متأتيا اليوم هذا التصرف من جانبه ، لأن الأصل فى اباحته له وقفه على نفسه فى حياته أولا ، وقد ألغى أخيرا نظام الوقف على غير الخيرات (فى هذا المعنى : محمد سامى مدكور ، ص ١٠١ · — كتابنا سالف الذكر ، ص ٨١٨) ·

(٢) أجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة المحجوز عنيهما مباشرة أعمال الادارة اذا أذن لهما من المحكمة في تسلم كل أو بعض أموالهما لادارتها ، فتكون لهما اذن أهلية أداء كاملة في شأن هذه الأعمال على التفصيل الذى سبق بيانه في أهلية القاصر البالغ الثامنة عشرة والمأذون له بالادارة(١) (م ٦٧ من قانون الولاية على المال) ٠

واذا كان المشرع يقتصر على التصريح بالخروج على أصل نقص أهلية السفيه أو ذى الغفلة المحجور في الحالتين المتقدمتين ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أن الخروج على حكم الأصل في شأنه قاصر على هاتين الحالتين وحدهما ٠ اذ يمكن عن طريق القياس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفلة بأهلية أداء كاملة في الحدود المعترف للصبى المميز بها ، الا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعض الأعمال المأذون بها هذا الصبى مع حالة السفه أو الغفلة ٠

ولذلك نرى أنه يكون للسفيه أو ذى الغفلة أهلية التصرف - كالصبى المميز عموما - فيما يخصص له من مال لأغراض نفقته وفى ابرام عقد العمل الفردى ، وأهلية التصرف - كالصبى البالغ السادسة عشرة - فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ٠ ولكننا لا نرى تسوية السفيه أو ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الاذن له من المحكمة بمباشرة التجارة(٢) ، لتنافى حالة السفه والغفلة تنافيا تاما مع ما تقتضيه التجارة من استقامة واعتدال التدبير وحسن النظر الى الأمور ٠

---

(١) ولكن يراعى ان الاذن بالادارة للسفية أو ذى الغفلة المحجور لا تملكه الا المحكمة وحدها طبقا لصريح نص المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال ، بينما يملك الاذن بالادارة للصبى البالغ الثامنة عشرة الولى او المحكمة على السواء (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) ٠

(٢) انظر عكس ذلك :

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ج١ ، فقرة ٢٠٦ ٠

الوجه الثالث
موانع الأهلية

٣٠١ - طبيعة موانع الأهلية وتعدادها

اذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يحجر عليه من بعد لعارض من عوارض الأهلية المتقـــدم ذكرها ، فيظل على حاله من كمـــال أهلية الأداء . غير أن ثم ظروفا قد تقوم فتمنعه منعا كليا أو جزئيا - رغم كمـــال أهليته - من امكان مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . لذلك يجعـــل القانون لمثل هـــذا الشخص نائبا يقـــوم عنه بمباشرة هـــذه التصرفات أو يعينه على مباشرتها .

وموانع الأهلية ثلاثة : مانع مادى هو الغيبة ،ومانع قانونى هو الحكم بعقوبة جناية ، ومانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجـــة أو ضعف جسمانى شديد . ولا تنتقص هذه الموانع من كمال تمييز أو ارادة من تقوم به . ولذلك يظل الغائب أو المحكوم عليه أو ذو العـــاهة المزدوجة أو الضعف الجسمانى كامل الأهلية كما يقضى الأصل ، وان امتنعت عليه مباشرة أهليتـــه واجراء التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . فنعرض فيما يلى لهـــذه الموانع على الترتيب المتقدم .

٣٠٢ - المانع المادى بالغيبة

يقضى قانون الولاية على المال بأن تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية أو تثبت وكيله العام القائم متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصـــالحه ، فى حـــالة ما اذا كان مفقـــودا لا تعرف حياته أو مماته ، وفى حالة ما اذا لم يكن له محل اقـــامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل اقامة أو موطن معلوم فى الخـــارج واستحال عليـــه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى ادرتها (م ٧٤ و ٧٥) .

فالغيبة التي يتحقق بها مانع الأهلية(١) قد تكون اذن غيبة يعتبر فيها الغائب في حكم المفقود الذى لا تعلم حياته من مماته ، وقد تكون غيبة محققة معها حياة الغائب ، ما دامت انقضت في الحالتين مدة سنة أو أكثر على ابتداء الغيبة . اذ في الحالة الأولى يتوافر المانع دائما لاستحالة مباشرة المفقود شئونه ، ولكنه لا يتوافر في الحالة الثانية الا حيث يستحيل على الغائب مباشرة التصرفات القانونية التي تقتضيها مصالحه أو الاشراف على من أنابه في مباشرتها ورعاية شئونه .

ولما كانت الغيبة مجرد مانع يقوم بالغائب فيمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضي تعيين وكيل يقوم بهذه المباشرة نيابة عنه ، فان الغيبة تنتهي هي وآثارها بزوال سببها ، سواء بعودة الغائب أو توصله من بعد ـ رغم استمرار الغيبة ـ الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه في ادارتها . وكذلك تنتهى الغيبة اذا لم يعد لها محل ، سواء بموت الغائب ، أو بالحكم ـ اذا كان مفقودا ـ باعتباره ميتا (م ٧٦ من قانون الولاية على المال) .

٣٠٣ ـ المانع القانوني بالحكم بعقوبة جناية

تنص المادة ٢٥/ رابعا من تقنين العقوبات على أن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الادارة الخاصة بأمواله وأملاكه . ويكون له تعيين قيم تقره المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته ليقوم بمباشرة هذه الأعمال عنه ، والا عينت له المحكمة قيما بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة في ذلك . وفضلا عن ذلك ، تمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جناية مباشرة أعمال التصرف الا بناء على اذن من المحكمة المدنية المذكورة ، وكل تصرف يباشره دون الحصول على هذا الاذن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا .

---

(١) ظاهر أن الغيبة لا تعتبر من موانع الأهلية الا اذا كان الغائب في الأصل كامل الأهلية . لأنه لو كان عديمها أو ناقصها لكانت الولاية على ماله ثابتة من الأصل لولى أو وصى أو قيم ، فلا يوجد رغم الغيبة اذن ما يمنع من مباشرة شئونه ، اذ يباشرها عنه الولى أو الوصى أو القيم (في هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٠ ص ٣٤٤ . ـ كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣١٢ ، ص ٨٢١ و٨٢٢) .

فالحكم بعقوبة جناية اذن مانع قانونى يمنع المحكوم عليه بها من مباشرة أعمال الادارة الا بواسـطة قيم ، ومن مباشرة أعمـال التصرف الا باذن من المحكمة، دون أن ينتقص ذلك من كمال أهليته، اذ مناط الأهلية كمال التمييز والارادة وهما لا يزالان سليمين لم يؤثر فيهما صدور حكم بالعقوبة عليه .

وهذا المانع يفرضه المشرع كعقوبة تبعية على المحكوم عليه بعقوبة الجناية وحدها دون عقوبة الجنحة أو المخالفة ، نظرا لخطـورة جريمته وعقوبتها ، بحيث يسلبه القيام بنفسه بالتصرفات القانونية دون رقابة ، ليحرمه بذلك من القدرة على الاستعانة بماله للتمـكن من الهرب والنجـاة من العقوبة أو التخفف من قيود تنفيذها . وواضح أمام هـذه الحكمة أن قيـام هذا المانع واستمراره يكون رهنا بتنفيذ العقوبة واستمرار هذا التنفيذ ، ولذلك يرتفع هذا المانع بالافراج عن المحكوم عليه ولو افراجا شرطيا(١) ، فترد اليه أمواله ويقدم له القيم حسابا عن ادارته .

٣٠٤ – المانع الطبيعى بالعاهتين أو العجز الجسمانى الشديد

وقد يكون الشخص مصابا بعاهتين اثنتين من عاهات ثلاث هى الصمم والبكم والعمى ، بحيث تتعذر عليه الاحاطة الكاملة بكل ظروف التعـامل الواقعية أو التعبير عن ارادته على الوجه الذى يفهم به عنه فهمـا صحيحـا مما قد تتأثر به أمواله ومصالحه . أو قد يكون مصابا – رغم خلوه من هذه العاهات – بعجز جسمانى شديد، كشلل فى لسانه يعجزه عن النطق الواضح أو يجعل كلامه غير مفهوم بحيث لا يؤمن انفراده – على هذه الحال – بالتصرف فى ماله . فمثل هذا الشخص أو ذاك ، رغم كمال أهليته الذى لا تنتقص منه العاهة المزدوجة أو العجز الشـديد لأن تمييزه وارادته يظـلان سـليمين لا تشوبهما بسبب ذلك شائبة ، يكون فى وضع يستعصى عليه فيه الانفراد بمباشرة هذه الأهلية فى شأن ما يلزمه اجراؤه من تصرفات قانونية . من أجل ذلك ، يقرر القانون جواز اقامة مساعد قضائى يكون بمثابة عـون له فى اجراء هذه التصرفات ، بما يضمن احاطته بعناصر الواقع احاطة تامة والتعبير عن ارادته تعبير حقيقيا صحيحا . اذ تنص المادة ١/١١٧ من التقنين المدنى

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٢٤ .

على أنه « اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك » • وكذلك تقضي المادة ٢/٧٠ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة تعيين مساعد قضائي « اذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد » •

وعلى هذا النحو ، لا يكفي توافر عاهتين في الشخص من العاهات الثلاث المذكورة ولا توافر العجز الجسماني الشديد عنده لتعيين مساعد قضائي يعاونه في مباشرة التصرفات القانونية ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون من شأن اجتماع العاهتين أو قيام العجز الشديد أن يتعذر على الشخص التعبير عن ارادته أو يخشى من انفراده بهذا التعبير . فالأمر هنا يتعلق بمانع من الأهلية لا بعارض ينتقص من كمالها • ولذلك ليس ثم ما يدعو الى تعيين مساعد قضائي لشخص ذي عاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد ، اذا كان يظل - رغم العاهة أو العجز - مستطيعا في يسر الاحاطة بظروف الواقع والتعامل والتعبير عن ارادته تعبيرا حقيقيا صحيحا ، اذ لا يقوم حينئذ خطر على أمواله ومصالحه من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية •

فاذا قدرت المحكمة تعذر تعبير ذي العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد عن ارادته بحيث يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية، تعين له مساعدا قضائيا يعينه على هذه المباشرة • غير أن المحكمة لا تقرر المساعدة القضائية في كل التصرفات ، وانما فحسب في تلك التصرفات التي تقتضي مصلحة ذي العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها (م ١/١١٧ مدني)(١) •

---

(١) اذا كان قانون الولاية على المال يحدد التصرفات التي تتقرر فيها المساعدة القضائية بالتصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ منه وهي التصرفات التي لا يجوز للوصي مباشرتها الا باذن من المحكمة (م ١/٧٠) ، فليس المقصود بذلك الا اقامة قرينة قانونية على ان هذه التصرفات المحددة تقتضي مصلحة ذي العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها بحيث يعفي بذلك من اقامة الدليل في شأنها على توافر هذه المصلحة • ولذلك ليس ثم ما يمنع في غيرها من التصرفات وحيث تتخلف هذه القرينة . من تحمل عبء اقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة في مباشرتها كذلك (انظر كتابنا سالف الذكر . ص ٨٢٥ و ٨٢٦ • - ولكن انظر عكس ذلك : اسماعيل غانم ، ١٩٥٨ . ص ٢١٥) •

والمساعد القضائي - على خلاف الولي أو الوصي على القاصر أو القيم على المحجور - لا يباشر منفردا تصرفات ذي العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد نيابة عنه وانما يباشرها بالتعاون والاشتراك معه ، فهو ليس بنائب وانما هو معاون ، ولذلك لا تصدر التصرفات التي تتقرر بشأنها المساعدة القضائية من أحدهما بانفراده ، ولكن تصدر منهما معا . ومن هنا ، فانفراد المساعد القضائي بمباشرة تصرف من التصرفات القانونية محل المساعدة ، لا يجعله نافذا في حق ذي العاهة المزدوجة أو العجز الشديد . وكذلك فانفراد ذي العاهتين أو العجز بمباشرة تصرف من هذه التصرفات ، يجعله قابلا للابطال لمصلحته اذا وقع التصرف بعد تسجيل طلب أو قرار المساعدة ، أما اذا وقع التصرف قبل هذا التسجيل ، فلا يكون قابلا للابطال الا اذا كان المتعاقد مع ذي العاهتين أو العجز سيء النية (م ٢/١١٧ مدني و م ١٠٢٨ مرافعات) .

واذا كان الأصل وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذي العاهتين أو العجز الشديد في اجراء التصرفات التي تتقرر المساعدة بشأنها ، الا أن للمحكمة أن تأذن بانفراد أحدهما بالتصرف في حالة امتناع الآخر : فلها أن تأذن المحكوم بمساعدته بالانفراد بالتصرف اذا كان امتناع المساعد في غير محله ، ولها أن تأذن المساعد بالانفراد بالتصرف[1] اذا كان امتناع المحكوم بمساعدته عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر (م ٧١ من قانون الولاية على المال) .

واذا كان المانع من أهلية ذي العاهتين أو العاجز عجزا جسمانيا شديدا لا يتحقق الا بقرار من المحكمة بالمساعدة القضائية ، فهو كذلك لا يرتفع الا بقرار منها برفع المساعدة .

---

(١) اذا أذنت المحكمة المساعد القضائي بالانفراد باجراء تصرف من التصرفات المقررة فيها المساعدة أصلا ، فيعتبر المساعد حينئذ - بمقتضى هذا الاذن - نائبا عن ذي العاهتين أو العجز في شأن هذا التصرف وحده . وليس مجرد معاون له كما هو دوره الأصلي ، فتكون له اذن - خلافا للأصل - ولاية بالمعنى الدقيق على مال ذي العاهتين أو العجز الشديد (أنظر كتابنا سالف الذكر ص ٨٢٩ و ٨٥٤) .

المطلب الثاني

أحكام الولاية على المال

٣٠٥ - أهلية الأداء والولاية عموما

وقفنا فيما تقدم على أهلية الأداء باعتبارها قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا آثاره القانونية لحسابه وفي ذمته . وتبينا وجود أشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها اما لصغر في السن أو لعارض من العوارض التي تعدم التمييز والارادة أو تنتقص منهما ، وأشخاص كاملي الأهلية ولكن تمنعهم موانع من مباشرة أهليتهم سواء كانت موانع مادية أو قانونية أو طبيعية ، بحيث تكون قدرة أولئك وهؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية اما منعدمة واما محدودة واما ممتنعة . لذلك يجعل القانون لغيرهم ولاية مباشرتها عنهم ولحسابهم بحيث تنصرف اليهم فتنتج آثارها في ذمتهم ولحسابهم لا في ذمة أو لحساب من لهم ولاية مباشرتها . ومن هنا كانت الولاية بوجه عام هي قدرة أو سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم ولحساب غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو كامليها ممن تقوم بهم بعض موانعها وبما ينتج آثارها في حقهم(١) ، والولاية على هذا النحو ، تفترق عن أهلية الأداء التي هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لنفسه ولحسابه وبما ينتج أثرها في حقه وذمته(٢) .

٣٠٦ - حصر البحث في الولاية على المال - التنظيم التشريعي لها ، ومنهج البحث فيها

اذا كانت الولاية هي قدرة شخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير ، فقد تكون هذه

---

(١) أنظر في المعنى الفقهي للولاية عند فقهاء الشريعة الاسلامية باعتبار أنها « تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى » : أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٢ .

وقارن : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ١٤٨ و ١٤٩ .

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٢٩٠ ، وفقرة ٢٩١ ، ص ٥٧٣ - ٥٧٤ .

الولاية ولاية على النفس وقد تكون ولاية على المال . والولاية على النفس تكون في الامور المتعلقة بشخص المولى عليه ، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج(١) . أما الولاية على المال ، فتكون في الأمور المتعلقة بمال المولى عليه . وسوف نقتصر في هذا المقام على دراسة أحكام الولاية على المال دون أحكام الولاية على النفس ، اذ للولاية على النفس من الخصوصية ما يدخلها أساسا في دراسة مسائل الأحوال الشخصية وبصفة خاصة في دراسة الزواج وآثاره .

وقد جرى المشرع المصرى على تنظيم أحكام الولاية على المال بقوانين خاصة منفصلة عن التقنين المدنى ، ولذلك اكتفى التقنين المدنى الحالى بالاحالة الى هذه القوانين (م ٤٧) . وقد كان قانون سنة ١٩٢٥ ومن بعده قانون سنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية هو الذى ينظم شئون هذه الولاية ، تنظيما قضى به على ما كان قائما من قبل من تعدد القوانين المطبقة فى هذا الشأن باختلاف ديانات وملل الخصوم ووحد أحكامها بالنسبة اليهم جميعا . ثم حل المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ « بأحكام الولاية على المال » محل قانون « المحاكم الحسبية » فى شأن الأحكام الموضوعية لهذا التنظيم . أما الاجراءات المتعلقة بالولاية على المال ، فقد نظمها المشرع فى الكتاب الرابع الذى أضافه الى تقنين المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (المواد من ٨٥٩ _ ١٠٣٢) وهو الكتاب المخصص للاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . ورغم صدور ونفاذ تقنين المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، فقد استبقى هذا التقنين جل أحكام الكتاب الرابع المذكور (المواد من ٨٦٨ _ ١٠٣٢)(٢) لتظل تحكم الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ومن بينها اجراءات الولاية على المال .

---

(١) بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفرى والقانون ، ج١ ، الزواج والطلاق ، ١٩٦٧ ، بيروت ، ص ١٣٥ .
وأنظر كذلك : أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٣ _ ٥٣٦ . _ عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، ص ٥٨ _ ٦٥ . _ عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ _ ١٦٩ .

(٢) م ١ من قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد .

وسوف نقتصر على بحث الأحكام الموضوعية للولاية على المال ، مراعين في ذلك التقسيم الطبيعي للولاية تبعا للمولى عنيه ، اذ الولاية تثبت اما على مال القصر واما على مال البالغين المحجورين لجنون أو عته أو سفه أو غفلة واما على مال كاملي الأهلية ممن يقوم بهم مانع من موانعها ، فنعرض لكل من هذه الأنواع الثلاثة من الولاية على التوالي •

الوجه الأول

الولاية على مال القصر

٣٠٧ ـ أصحاب الولاية على مال القصر ، ومراتبهم

اذا كان من لم يبلغ سن الرشد يعتبر عديم الأهلية أو ناقصها تبعا لانعدام تمييزه أو ابتدائه دون اكتمال بحيث يفتقد القدرة على مباشرة كل أو بعض التصرفات القانونية بنفسه ولحسابه ، فيحتاج اذن الى من يباشر عنه هذه التصرفات بما ينتج أثره في ماله وذمته أي الى فرض الولاية على ماله وايجاد ولي يرعى شئونه ويباشر تصرفاته •

والولاية على مال القصر تثبت اما للولي واما للوصي • و « الولي » بالمعنى الضيق هو اصطلاح شاع اطلاقه في فقه الشريعة الاسلامية على الأب والجد الصحيح وهو أبو الأب ، وورثناه عنه ، أما « الوصي » فهو غير الأب أو الجد الصحيح ، الذي يولى على مال الصغير القاصر اما بالاختيار من قبل الأب واما بالتعيين من قبل المحكمة •

وقد اتبع قانون الولاية على المال مذهب الحنفية في ترتيب أصحاب الولاية على مال القصر(١) : فتثبت هذه الولاية أولا للأب فهو أولى من غيره بها ، ثم تثبت من بعده لوصيه المختار احتراما لارادته التي عبر عنها قبل وفاته باختياره ، ثم تثبت من بعد الوصي المختار للجد الصحيح أي لأبي الأب ، ثم تثبت من بعد ذلك لمن تعينه المحكمة من الأوصياء • اذ تقضي المادة الأولى من قانون الولاية على المال بأن « للأب ، ثم للجد الصحيح اذا لم يكن

---

(٢) أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨٣٣ •

الأب قد اختار وصيا ، الولاية على مال القاصر · وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها الا باذن المحكمة » · وتقضي المادة ٢٩ منه بأنه « ان لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار ، تعين المحكمة وصيا ... » ·

ولن نعرض للأولياء على مال القاصر بهذا الترتيب ، وانما نعرض أولا للولى بالمعنى الضيق ثم للوصى ، لأن سلطات الولى - رغم بعض التفاوت فيها بين الأب والجد الصحيح - أوسع نطاقا ومدى من سلطات الوصى سواء كان مختارا من الأب أو معينا من المحكمة ، نظرا لما يفترض فى الولى من شفقة بالصغير قد لا تتوافر فى الوصى ·

٣٠٨ - ولاية « الولى » أى الأب والجد الصحيح

(١) **ثبوت الولاية** : الأصل فى الولاية على مال الصغير القاصر ثبوتها للأب أولا ، والا فتثبت للجد الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختار وصيا على مال ابنه · والولاية تثبت على مال القاصر - سواء للأب أو للجد - بقوة القانون دون حاجة الى صدور قرار من المحكمة بتعيينه أو تثبيته وليا على ابنه أو ابن ابنه القاصر ، لأنها ولاية طبيعية مفروضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة · بل ان ثبوت الولاية على هذا النحو ، لا يجعلها حقا للأب أو الجد فحسب ، بل يفرضها كذلك واجبا عليه بحكم مركزه العائلى بالنسبة الى ابنه أو فرعه الصغير ، ولذلك يقضى قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية الا باذن المحكمة (م ١) ·

ومن البديهى أنه لا يتصور ثبوت الولاية للأب أو الجد على مال ابنه أو ابن ابنه القاصر الا اذا كان هو نفسه كامل الأهلية فى شأن ما يباشره نيابة عن القاصر من تصرفات ، ولذلك تنص المادة الثانية من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية الا اذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » · ويبدو من ذلك أن النظر الى أهلية الأب أو الجد لا يكون نظرا عاما الى كل حقوق الولاية وانما نظرا خاصا الى كل منها على حدة ، ولذلك اذا كان الولى أهلا لمباشرة بعض هذه الحقوق دون بعض ، تبقى ولايته فيما هو أهل لمباشرته ، اما ما ليس له أهلا

فتقيم المحكمة وصيا خاصا لمباشرته (م ٣١/و) ٠

والأصل أن الولاية متى ثبتت للأب أو للجد ، فهي تثبت له على كل أموال القاصر ، ولكن المشرع يستثنى من ذلك ما يتبرع به للقاصر من مال اذا رغب المتبرع فى اخراجه من ولاية الولى ، اذ تنص المادة الثالثة من قانون الولاية على المال على أنه « لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع اذا اشترط المتبرع ذلك » ، وحينئذ تقيم المحكمة وصيا خاصا للولاية على هذا المال وادارته (م ٣١/د) ٠

(٢) **سلطات الولى وواجباته** : تنحصر وظيفة الولى فى رعاية أموال القاصر وادارتها والتصرف فيها على النحو الذى يحدده القانون (م ٤) ٠ وتفرض عليه هذه الوظيفة وتعطيه الحق فى القيام عن الصغير بما يعجز عن القيام به من تصرفات نظرا لانعدام أو نقص أهليته ٠ وقد حدد القانون مدى ولاية الولى وسلطاته على مال القاصر أو قدرته على القيام عنه بهذه التصرفات ، مراوحا فيها بين الضيق والاتساع بحسب طبيعة التصرف من ناحية وبحسب كون الولى هو الأب أو الجد الصحيح من ناحية أخرى ، فالتصرفات ليست سواء من حيث نفع القاصر أو ضرره ، والأب بالنسبة الى الصغير أحنى وأشفق عليه من جده ٠ وقد ساوى القانون بين الأب والجد فى ولاية مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا والتصرفات الضارة ضررا محضا على السواء ، ولكنه فاوت بينهما فى صدد التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وذلك على النحو التالى :

١ - **التصرفات النافعة نفعا محضا للقاصر** : للولى - أبا كان أو جدا - سلطة مباشرة هذه التصرفات ٠ ولكن لا يجوز له قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة الا باذن المحكمة (م ١٢) ٠

٢ - **التصرفات الضارة ضررا محضا بالقاصر** : ليس للولى - أبا كان أو جدا - مباشرة هذه التصرفات فى الأصل ٠ ولكن استثناء من ذلك ، أجاز له المشرع التبرع من مال القاصر فى حدود أغراض معينة وتحت رقابة المحكمة، اذ نص على أنه لا يجوز له هذا التبرع « الا لأداء واجب انسانى أو عائلى وباذن من المحكمة » (م ٥) ٠

٣ - **التصرفات الدائرة بين النفع والضرر للقاصر** : يفرق المشرع في شأن هذه التصرفات بين ما يتعلق منها باعمال الادارة وما يتعلق باعمال التصرف .

أ - فما يتعلق منهما **باعمال الادارة** : يملكه الأب والجد على السواء كقاعدة عامة ، وان كان لا يجوز لأى منهما بغير اذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة (م ١٠) ، ولا الاستمرار في تجارة آلت الى القاصر الا باذن من المحكمة ، وفي حدود هذا الاذن (م ١١) .

ب - وما يتعلق منها **باعمال التصرف** ، فولاية الأب في شأنها أوسع من ولاية الجد نظرا لموفور شفقته على الصغير : اذ يكون للأب في الأصل ولاية التصرف في أموال القاصر ، ولا يستثنى من هذا الأصل الا بعض أعمال التصرف الهامة المحددة على سبيل الحصر فلا يملك الولى مباشرتها الا باذن المحكمة ، وهي التصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه (م ٧/١)(١) واقراض مال الصغير واقتراضه (م ٩) . وأما الجد فهو على خلاف الأب ، اذ ليست له ولاية التصرف في أموال الصغير القاصر الا باذن المحكمة (م ١٥) .

ولكن اذا كانت سلطة الأب أوسع من سلطة الجد في شأن التصرف في مال القاصر على هذا النحو ، فاستثناء من هذا الأصل يستوى الأب والجد في ضرورة استئذان المحكمة والخضوع لاشرافها في التصرف فيما يؤول الى القاصر من مال موروث أوصى المورث بعدم تصرف الولى فيه (م ٨) ، اذ في ذلك تحقيق لرغبة المورث ورعاية لمصلحة الصغير على السواء بتقييد الولى باذن المحكمة واخضاع اتمامه للتصرف لاشرافها ورقابتها . كما يستويان في أنه لا يجوز لأى منهما « أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن المحكمة(٢) ، ولا ... أن يرهن عقار

---

(١) ولكن « لا يجوز للمحكمة ان ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » (م ٧/٢) .

(٢) اذا أذنت المحكمة بهذا التصرف ، فيكون لها ان تعين وصيا خاصا يتعاقد مع الأب (م ٣١/ب) .

القاصر لدين على نفسه » (م ٦) ، وذلك بقصد تنزيه الولى ودفــع شبهة استغلاله القاصر وتعريض ماله للخطر أو محاباة نفسه أو زوجه او اقاربهما على حسابه ، خاصة وأن الأمر يعنى عقارا للقاصر لا منقولا والمشرع ما يزال متأثرا بالتقليد الجارى على اعتبار العقــارات اكبر فى القيمة الاقتصــادية من المنقولات .

واذا كان الأصل أن المشرع يمنح الأب ثقة وسلطات أكبر مما يمنح الجد لافتراضه زيادة شفقته على الصغير وايثاره له ، فان هذه النظرة المتفاوتة الى الأب والجد على هذا الاساس هى التى تكمن وراء كل الفروق الأخرى بينهما فى السلطات وفى المسئولية على السواء .

فمن ذلك أن المشرع ، يجيز للأب وحده استثناء(١) ـ دون الجد ـ « أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، الا اذا نص القانون على غير ذلك »(٢) (م ١٤) .

وكذلك ما يقضى به المشرع من اعطاء الأب ـ دون الجد ـ الولاية الكاملة للتصرف فى المال الذى تبرع به لابنه ، دون اضطرار لاستئذان المحكمة أو التزام بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣) .

وكــذلك ما ينص عليــه المشرع من أنه « لا يســأل الأب الا عن خطئه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسئولية الوصى » (م ٢٤) حتى عن الخطأ العادى اليسير ، اذ لا يتفق ومقام الأب من ابنه أن يقف أمامه موقف المســئول عن خطأ يسير .

(٣) **رقابة الولى** : رأينا أن الولى يخضع لرقــابة المحكمــة وضرورة استئذانها فى بعض التصرفات ، وان كان الأب يمتــاز على الجد بقــــلة التصرفات التى يحتـــاج الى اذن المحكمة فى مباشرتها . وتفاوت مدى خضوع

---

(١) الاستثناء هنا من الأصل المقرر وهو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه باسم الأصــيل (م ١٠٨ مدنى) .

(٢) كنص المادة السادسة من قانون الولاية على المال الذى سبقت الاشارة اليه .

الاب والجد للرقابة يتبدى كذلك من ناحية المسئولية والحساب ، فقد أشرنا الى أن الأب لايسأل الا عن الخطأ الجسيم ، بينما يسأل الجد حتى عن الخطأ اليسير، مما يجعل الرقابة على الجد أشد منها على الأب · وكذلك اذا انقضت الولاية ببلوغ القاصر ووجب رد أمواله اليه ، فحساب الأب عن ذلك يكون أيسر من حساب الجد ، اذ الأصل أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر الا اذا كان ريع مال موهوب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م ٢٥/٢) ، بينما يحاسب الجد نفس حساب الوصى (م ٢٦) ·

وفيما عدا هذه الحالات ، يتساوى الأب والجد من حيث الرقابة · ولذلك فعدم ايداع الأب أو الجد قائمة بمال القاصر أو ما يؤول اليه منه أو تأخيره في الايداع ، قد تعده المحكمة من قبيل تعريض مال القاصر للخطر ، وهو ما يعطيها سلطة الحد من الولاية أو سلطة سلبها فى الأحوال الخطيرة (م ٢٠) ، وحينئذ لا تعود الولاية الا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت الى سلبها أو الحد منها (م ٢٣/١) ·

(٤) **وقف الولاية وسلبها وانقضاؤها** - رأينا فيما تقدم أن رقابة المحكمة للولى قد تؤدى بها الى الحد من ولايته او سلبها ، حيث يؤدى بسوء تصرفه أو تقصيره الى تعريض أموال القاصر للخطر (م ٢٠) · وكذلك يرتب المشرع على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير(١) سقوطها أو سلبها كذلك بالنسبة الى المال(٢) ، اذ ما دام ليس مؤتمنا على نفس الصغير فلا يؤتمن كذلك على ماله ·

وقد لا تسلب الولاية بل توقف فحسب بقرار من المحكمة اذا اعتبر الولى غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على سنة

---

(١) أنظر فى أسباب سلب الولاية على النفس م ٢ و ٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس ·

(٢) م ٢٢ من قانون الولاية على المال ، و م ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ سالف الذكر ·

(م ٢١) ، اذ يقوم به حينئذ مانع من موانع الأهلية لا يتصور معه بقاء ولايته، والولاية تفترض في الولي الأهلية الكاملة دون مانع .

وكما تسلب الولاية أو توقف بقرار من المحكمة ، لا تعود كذلك الا بقرار منها بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت الى السلب أو الوقف .

واذا استمرت الولاية قائمة فلم توقف أو تسلب لما ذكرنا من أسباب ، فانها تنقضي بقوة القانون ببلوغ القاصر سن الرشد ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه بعد هذا البلوغ (م ١٨) ، لبلوغه مجنونا أو معتوها أو سفيها أو ذا غفلة(١) . وعلى الولي أو ورثته رد أموال القاصر اليه عند انقضاء الولاية أو قيمة ما تصرف فيه منها باعتبار القيمة وقت التصرف ، مع مراعاة ما تقدم من عدم محاسبة الأب - على خلاف الجد - عما تصرف فيه من ريع مال القاصر (م ٢٥) .

٣٠٩ - ولاية الوصي

(١) **تعيين الوصي** : الوصي هو كل شخص غير الأب أو الجد تثبت له الولاية على مال الصغير القاصر ، سواء بالاختيار من قبل الأب(٢) أو بالتعيين من قبل المحكمة . والوصي المختار أو وصي الأب مقدم - كما رأينا - على الجد ، بينما يتقدم الجد على وصي المحكمة . ولذلك تثبت الولاية على مال القاصر عند عدم وجود الأب لوصيه المختار حتى مع وجود الجد ، فاذا لم يكن الأب قد اختار وصيا فالولاية للجد اذا وجد ، فان لم يوجد تؤول الولاية الى من تعينه المحكمة وصيا .

وعلى خلاف الحال بالنسبة للولي بالمعنى الضيق أي الأب أو الجد الذي تثبت له الولاية بقوة القانون دون تعيين أو تثبيت من المحكمة ، لا تثبت

---

(١) انظر سابقا ، ص ٥٨٣ - ٥٨٤ .

(٢) يقصر القانون حق اختيار وصي على الأب وحده ، فليس للجد اختيار وصي يحل محله بعد وفاته على مال ابن ابنه خلافا لما يذهب اليه فقهاء الحنفية خاصة (انظر : محمود سعد الدين الشريف ، الرسالة السابقة ص ١٢٩ - ١٣١ . - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٥٩) .

الولاية للوصي الا بقرار بالتعيين أو التثبيت على حسب الأحوال ، فالوصي المختار من قبل الأب لابد أن نعرض وصايته على المحكمة لتثبيتها (م٢٨/٤) ، وأما وصي المحكمة فظاهر أنه لابد من صدور قرار من المحكمة بتعيينه (م ٢٩) .

واذا كان للأب اختيار وصي لابنه القاصر أو حتى للحمل المستكن (م ١/٢٨) ، فيشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه ، ويجوز للأب في أي وقت أن يعدل عن اختياره (م ٢/٢٨ و ٣) .

واذا كان الأصل أن ولاية الوصي عامة على كل أموال القاصر ، فقد تدعو الضرورة الى أن تقيم المحكمة - الى جوار الولي او الوصي العام - وصيا خاصا تحدد مهمته تحديدا دقيقا تقصر بمقتضاه ولايته على بعض أموال القاصر أو بالنسبة الى تصرفات معينة بالذات . ويتحقق ذلك بخاصة : حيث تستلزم الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال ، أو حيث يكون الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية ، أو حيث يحتاج الأمر الى التولية على مال آل الى القاصر بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولي أو الوصي العام ادارته(١) ، أو حيث تتعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مع مصلحة الوصي أو زوج أحدهما أو أحد أصوله أو فروعه أو قاصر آخر مشمول بولايته أو وصايته (م ٣١) . وكذلك يجوز للمحكمة تعيين وصي خصومة خاص اذا كان القاصر طرفا في خصومة ولو لم يكن له مال (م ٣٣) . ففي كل هذه الحالات يكون وجود وصي خاص ضمانا قويا أكيدا لرعاية مصلحة القاصر بوجه عام وحمايته من استغلال الولي أو الوصي بوجه خاص .

وظاهر من ذلك أن ولاية الوصي الخاص - على خلاف ولاية الوصي العام - يكون بقاؤها مؤقتا ومرتهنا بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته . وتكون الوصاية كذلك مؤقتة - حتى ولو لم تكن خاصة من حيث المال أو التصرف - حيث يعين

---

(١) الا اذا كان المتبرع قد أقام وصيا مختارا ، فتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها ، كما هو الشأن في الوصي المختار من الأب (م ٢٨) .

« وصى مؤقت » من قبل المحكمة ، اذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر ، أو وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته (م ٣٢) ٠

(٢) **واجبات الوصى** : يفرض القانون على الوصى واجبات معينة ضمانا لحسن أدائه وظيفته ورعايته أموال القاصر . أهمها وجوب تسلمه أموال القاصر وقيامه على رعايتها باذلا فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور (م ٣٦ و ٨٦) حتى ولو كان غير مأجور الوصاية ، أى باذلا فى ذلك عناية الرجل المعتاد (م ٢/٧٠٤ مدنى) لا مجرد العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ولو كانت أدنى من عناية الرجل المعتاد كما هو شأن قرينه الوكيل غير المأجور (م ١/٧٠٤ مدنى) ٠

وضمانا لأموال القاصر وهى تحت يد الوصى من تقصيره فى حفظها ، يكون للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها ، ولكن على أن تكون مصروفات تقديم هذه التأمينات - كمصاريف ما يقدمه الوصى من رهن رسمى - على حساب القاصر (م ٣٧) ٠

وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من اجراءات التنفيذ ، وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة (م ٤٢) ٠

وعلى الوصى كذلك ، اذا كانت أموال القاصر تزيد على خمسمائة جنيه أو كانت أقل من ذلك حسبما تتطلب المحكمة ، تقديم حساب سنوى قبل أول يناير مؤيدا بالمستندات عن ادارته ٠ وفى جميع الأحوال ، يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته (م ٤٥) ٠

(٣) **سلطات الوصى** : من الطبيعى أن يضيق المشرع من سلطات الوصى أكثر مما يضيق من سلطات الولى نظرا لصلة الدم الوثيقة المباشرة بين الولى وبين القاصر ٠ ويستوى فى ذلك أن يكون الوصى مختارا من الأب أو معينا مباشرة من قبل المحكمة ٠

ويتساوى الوصى فى سلطاته مع الأب والجد فى شأن التصرفات النافعة

نفعا محضا والتصرفات الضـــارة ضررا محضا ، فهو مثلهما يملك مبـاشرة التصرفات النافعة نفعا محضا(٢) ، ولا يملك في الأصل مباشرة التصرفـــات الضـــارة ضررا محضا الا لأداء واجب انساني أو عائلي وباذن من المحكمـة (م ٣٨) .

ولكنه يختلف عن الأب والجد على السواء في شـــأن مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فالقاعدة أن الوصي لا يملك مباشرة هذه التصرفات، سواء منهـــا ما تعلق بأعمـــال التصرف أو بأعمـــال الادارة ، الا باذن من المحكمة(٢) ، ولكن استثناء من هذه القاعدة تثبت له ــ دون استئذان المحكمة ــ ولاية مباشرة بعض أعمال الادارة القليلة الأهمية ، كايجار عقار القاصر مدة لاتجاوز ثلاث سنوات ، أو الصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الادارة(٣) . وبذلك يتبدى الفارق الكبير بين سلطات الوصي وسلطات الأب بخاصة في هذا الشأن ، اذ بينما يملك الأب في الأصل مباشرة أعمـال التصرف وأعمال الادارة على السواء دون استئذان المحكمة ، يتقيد الوصي في الأصل بهذا الاستئذان في شأن مباشرتها . أما الفارق بين سلطات الوصي وسلطات الجد ، فلا يبدو الا في شأن أعمال الادارة وحـــدها ، حيث تضيق سلطة الوصي فيها عن سلطة الجد اذ الأصل هو قدرة الجد على مباشرتها دون استئذان المحكمـة وتقيد الوصي ــ الا فيما يستثنى ــ بمثل هذا الاذن ، أما أعمال التصرف ، فسلطتهما واحدة في شأنها ، اذ ترتهن مباشرتها من أيهما باذن المحكمة .

---

(١) ولكن لا يجوز للوصي ــ كالولي ــ أن يقبل تبرعا للصغير ــ هبة كان أو وصية ــ اذا كان مقترنا بشرط أو محملا بالتزام ، أو يرفضه ، الا باذن المحكمة (م ٣٩/ تاسعا) ، اذ بذلك يصير هذا التبرع فيحكمالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي تتقيد مباشرة الوصي لها في الأصل باستئذان المحكمة .

(٢) أنظر في اختلاف هذا الحكم عن فقه الشريعة الاسلامية وفقه الحنفية خاصة ، وتبريره مع ذلك :

عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٥٦ .

(٣) تفصل المادة ٣٩ من قانون الولاية على المـال الأصل الذي ذكرناه من تقيـد سلطـــات الوصي في شأن مباشرة أعمال الادارة وأعمـال التصرف باذن المحكمة الا ما يستثنى ، بتعداد التصرفات التي ترتهن مباشرة الوصي لها بهذا الاذن .

(٤) **رقابة الوصي** : أخضع القانون الوصي لرقابة محكمة من قبل المحكمة ؛ فمن ذلك أن القانون يبقى بيد المحكمة زمام الاذن للوصي في كافة التصرفات الا القليل النادر المستثنى المتعلق ببعض أعمال الادارة كما سلفت الاشارة . وأن الوصي يلتزم - طبقا للقانون أو لما تلزمه به المحكمة - بتقديم حساب عن ادارته . وفي حالة ما اذا قصر الوصي في أداء الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون أو وقف تنفيذ القرارات التي تصدرها المحكمة ، فللمحكمة سلطة الحكم عليه بغرامة(١) لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره(٢) كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات (م ١/٨٤) .

وكذلك جعل القانون للمحكمة - في سبيل احكام الرقابة على الوصي - سلطة تعيين مشرف يراقب الوصي - ولو كان مختارا (م ٨٠) - في أداء واجباته ، بحيث يجب عليه ابلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضي المصلحة رفعه اليهما . ويلتزم الوصي باجابته الى كل ما يطلبه من ايضاح عن ادارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال . ويجب على المشرف ، اذا خلا مكان الوصي لسبب من الأسباب ، أن يطلب الى المحكمة اقامة وصي جديد ، ويكون له - الى أن يباشر هذا الوصي عمله - أن يقوم من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر (م ٨١) .

(٥) **انتهاء الوصاية** : تنتهي الوصاية انتهاء طبيعيا بزوال السبب المفروضة من أجله ، أي ببلوغ القاصر الخاضع لها احدى وعشرين سنة غير محكوم قبل هذا البلوغ باستمرار الوصاية عليه بعده (م ١/٤٧) لجنون أو عته أو سفه أو غفلة(٣) . هذا في شأن الوصاية العامة ، أما في شأن الوصاية

---

(١) ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزءا منها (م ٢/٨٤) .

(٢) الأصل أن الوصاية تكون غير مأجورة نجدة للصغير وتطوعا لخدمته ، الا اذا كان الوصي محتاجا فتملك المحكمة أن تعين له أجرا (م ٤٦) . وهذا مصداق قوله تعالى « ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » (أنظر : عبد الوهاب خلاف ، احكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٥٧) .

(٣) أنظر سابقا ، ص ٥٨٣ - ٥٨٤ .

الخاصة أو الوصاية المؤقتة ، فتنتهي انتهاء طبيعيا بانتهاء العمل الذى أقيم الوصى الخاص لمباشرته أو بانتهاء المدة التى اقتضت تعيين الوصى المؤقت خلالها (م ٣٥) • وكذلك تنتهى الوصاية انتهاء طبيعيا بموت القاصر (م ٤/٤٧) •

ولكن قد تنتهي الوصاية قبل أوان انتهائها الطبيعى اما باستقالة الوصى وقبولها ، واما بعزله بقرار من المحكمة • والمحكمة تحكم بعزله في احدى حالتين : اذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية ، أو اذا أساء الادارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر (م ٤٩) • وكذلك تنتهى الوصاية بقيام عارض من العوارض المعدمة لأهلية الوصى أو المنتقصة منها ، أو بثبوت غيبته ، أو بموته (م ٤/٤٧) • وعلى أى حال ، اذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أو تنتقص منها ، يكون للمحكمة أن تأمر بوقفه حتى يتحدد مركزه بصدور قرار الفصل أو بثبوت العارض (م ٤٨) •

واذا انتهت الوصاية لأى سبب من الأسباب المتقدمة ، فيجب على الوصى - خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها - أن يسلم بمحضر الأموال التى فى عهدته ، وأن يودع قلم الكتاب صورة الحساب ومحضر تسليم الأموال (م ٥٠)(١) • ويقع هذا الالتزام على عاتق ورثته ، أو على عاتق القيم عليه فى حال الحجر عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية ، أو على الوكيل عنه فى حال ثبوت غيبته (م ٥١) •

واذا انتهت الوصاية ، فمن الصالح عدم اطالة النزاع بشأنها • لذلك يخرج المشرع على حكم القواعد العامة ، فيقرر تقادما قصيرا لسقوط الدعاوى الخاصة بها مدته خمس سنوات ، تحتسب من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد ، أو من تاريخ موته قبل ذلك (م ١/٥٣) • وتحتسب من تاريخ تقديم الحساب فى حالة عزل الوصى أو قبول استقالته (م ٢/٥٣) (٢) •

---

(١) وتقرر المادة ٨٨ من قانون الولاية على المال جزاء جنائيا على الاخلال عمدا بهذا الواجب.

(٢) وقياسا على ذلك ، تحتسب المدة من تاريخ انتهاء وصايته بالأسباب الأخرى : كمودة =

(م ٣٩ - المدخل الى القانون)

وتوقيا من استمرار نفوذ الوصي على القاصر الذى كان في وصايته بعد بلوغه سن الرشد بما قد يمكنه من استغلاله ، يعتبر المشرع قابلا للابطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصي من هذا القاصر خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب عن الوصاية (م ٥٢) ٠

الوجه الثانى

الولاية على مال المحجورين

٣١٠ - ولاية القيم

اذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه الى ما بعد هذا البلوغ فاكتملت له بذلك أهليته ، ثم طرأ عليه بعد ذلك عارض من جنون أو عته أو سفه أو غفلة أعدم تمييزه أو انتقص منه ، فان ذلك يستتبع - كما رأينا - تقرير انعدام أو نقص أهليته بالحجر عليه من قبل المحكمة وتعيين قيم يباشر شئونه ويتولى تصرفاته ٠ وعلى ذلك تنص المادة ١١٣ من التقنين المدنى بقولها « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا لنقواعد والاجراءات المقررة فى القانون »٠ وتطبيقا لذلك يقرر قانون الولاية على المال أن (٠٠٠ تقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لادارة أمواله ٠٠٠ » (م ٦٥) ٠

والأصل أنه يسرى على قوامة المحجورين وعلى القوام ، ما يسرى على وصاية القصر وعلى الأوصياء من أحكام (م ٧٨) ، رغم أن القوامة قد تكون مسندة الى الأب أو الجد ، ولذلك لابد من قرار المحكمة بتعيين القيم - حتى ولو كان أبا أو جدا - على خلاف الحال فى ولاية الأب أو الجد على مال القصر حيث تثبت بقوة القانون دون حاجة الى حكم من المحكمة بالتعيين أو التثبيت ٠ ويخضع القيم كذلك - حتى ولو كان أبا أو جدا - لنفس ما يخضع له الوصي من قواعد فيما يتعلق بواجباته وسلطاته ورقابته وانتهاء ولايته ، على خلاف الحال فى الولاية على مال القاصر حيث يخضع الأب أو الجد لقواعد مغايرة

= الولاية للولى أو الوصاية للوصى الأصلى أو قيام عارض من عوارض الأهلية بالوصى أو ثبوت غيبته او موته (فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥) ٠

تختصه دون الوصي أساسيا ببسيطة في سلطاته .

وتكون القوامة للابن البالغ ، ثم للأب ، ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة (م ٦٨) ، فالابن هنا مقدم على الأب بينما لا تتصور بداهة في شأن الولاية على القاصر ولاية للابن ، والجد يلي الأب مباشرة فلا يسبقه في المرتبة - كما في الولاية على مال القاصر - شخص مختار من الأب ، ويلي هؤلاء من تختاره المحكمة .

واستثناء من مبدأ خضوع القوامة والقوام لأحكام الوصاية والأوصياء ، يقضي المشرع بأنه لا يحول الحكم بافلاس **الابن أو الأب أو الجد**(١) أو الحكم عنه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة دون تعيينه قيما ، اذا رأت المحكمة مصلحة في ذلك (م ٦٩ ، و م ١/٢٧ و ٤) .

الوجه الثالث

الولاية على مال ذوي موانع الأهلية

رأينا أن ثمة موانع قد تعوق الشخص كامل الاهلية من ممارسة نشاطه القانوني ومباشرة أهليته بنفسه أو بمفرده ، هي الغيبة والحكم بعقوبة جناية والعاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد . لذلك يقام وكيل عن الغائب ، وقيم على المحكوم عليه ، ومساعد قضائي لذي العاهتين أو العجز ، ليباشر عنه تصرفاته أو يعاونه على مباشرتها .

٣١١ - الوكيل عن الغائب

سبق أن أشرنا(٢) الى أن للمحكمة أن تحكم بتعيين وكيل - أو تثبيته اذا كان مقاما في الأصل - عن الغائب كامل الأهلية الذي تمضي مدة سنة أو أكثر على غيابه غيابا في معنى الفقد أو في غير معناه ، اذا أصبح مستحيلا عليه تولي شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه في ادارتها بما يترتب عليه تعطيل مصالحه (م ٧٤) . وبذلك تفرض المحكمة الولاية على مال الغائب بالنظر الى ما يعوق مباشرة أهليته - رغم كمالها - من مانع مادي .

---

(١) يقتصر الاستثناء على هؤلاء ، فلا ينصرف الى القيم الذي تختاره المحكمة من غيرهم .

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٣٠٢ .

والأصل أنه يسرى على الوكالة والوكيل عن الغـائب ما يسرى على الوصاية والوصى على مال القاصر من أحكام (م ٧٨) ، سواء من حيث الشروط اللازم توافرها فيه (م ٧٥) ، أو من حيث واجباته وسلطاته ومسئوليته (م ٨٦) ورقابته (م ٨٠ و ٨١) والجزاءات المختلفة التى توقع عليه اذا قصر فى واجباته أو أوقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة أو تعمد الامتناع عن تسليم أموال الغائب لمن حل محله فى الوكالة (م ٨٤ و٨٥ و٨٧ و٨٨) .

وتنتهى مهمة الوكيل بموت الغائب موتا حقيقيا أو تقديريا ، أو بعودته ، أو توصله - رغم استمرار الغيبة - الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه فى دارتها (م ٧٦) .

٣١٢ - القيم على المحكوم عليه بعقوبة جناية

رأينا(١) أن الحكم بعقوبة جناية يستتبع اقامة مانع قانونى لدى المحكوم عليه بها من مباشرة أهليته رغم كمالها عنده ، وهو ما يوجب تعيين قيم عليه يتولى عنه جانبا من تصرفاته القانونية . والأصل أن تعيين هذا القيم يتولاه المحكوم عليه بنفسه ، ولكن على أن تقر المحكمة هـذا التعيين . فاذا لم يعين المحكوم عليه قيما ، عينته المحكمة بنـاء على طلب النيابة العمومية أو ذى مصلحة فى ذلك ، ويجـوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تنصبه بتقـديم كفالة . ويتولى القيم عن المحكوم عليه - مدة اعتقاله - اعمال الادارة وحدها دون أعمال التصرف ، ويكون تابعا للمحكمة التى أقرته أو نصبته - وهى المحكمة المدنيـة الواقع فى دائرتها محل اقامة المحكوم عليه - فى جميـع ما يتعلق بقوامته (م ٢٥/رابعا عقوبات) .

وتنقضى القوامة على المحكوم عليه بعقوبة جناية بانتهاء مدة العقوبة أو بالافراج عنـه ، فترد أمواله اليـه ويقـدم له القيم حسـابا عن ادارته (م ٢٥/رابعا عقوبات) .

---

(١) أنظر سابقا ، فقرة ٣٠٢ .

٣١٣ - المساعد القضائي لذي العاهتين او العجز

سبقت الاشارة(١) الى أنه يجوز للمحكمة تقرير تعيين مساعد قضائي لذي العاهتين أو العجز الجسماني الشديد ، اذا كان متعذرا عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته أو كان يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية ، وقلنا ان وظيفة المساعد القضائي هي معاونة ذي العاهتين أو العجز على مباشرة التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك وخاصة التصرفات التي لا يجوز للوصي مباشرتها الا باذن من المحكمة ، مما يجعل من المساعد معاونا أو شريكا لذي العاهتين أو العجز في هذه المباشرة لا نائبا عنه فيها كما هو الشأن في سائر أحوال الولاية على المال .

واذا كان الأصل هو وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذي العاهتين أو العجز ، فللمحكمة أن تأمر بانفراد المساعد القضائي باجراء تصرف معين اذا كان من شأن امتناع ذي العاهتين أو العجز عن المشاركة في اجرائه تعريض أمواله للخطر (م ٣/٧١) ، وفي هذه الحالة يعتبر المساعد القضائي في هذا التصرف - استثناء - بمثابة نائب عمن هو معين في الأصل لمساعدته وليس مجرد معاون كما هو الأصل في وظيفته ، وتكون له ولاية بالمعنى الدقيق على مال ذي العاهتين أو العجز الشديد ، اذ فيها يكون له بمفرده في هذه الحالة مباشرة تصرف قانوني بما ينتج أثره في ذمة ذي العاهتين أو العجز .

واذا كان المساعد القضائي يعتبر نائبا خلافا للأصل من وظيفته في هذه الحالة الاستثنائية ، فالقانون كذلك يعده في حكم النائب اعتبارا في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من التقنين المدني (م ٧٣) ، أي من حيث امتناع تعاقده بصفة عامة مع نفسه بالاشتراك مع ذي العاهتين أو العجز ، وشرائه - بصفة خاصة - ما يناط به المشاركة في بيعه بموجب المساعدة القضائية ، وعدم سريان التقادم بينه وبين ذي العاهتين أو العجز فيما يكون به أحدهما مدينا به للآخر ، وذلك مراعاة للصلة القائمة بين المساعد وبين ذي العاهتين أو العجز بما قد يمكن الأول من استغلال الثاني أو يقيم مانعا أدبيا تتعذر معه مطالبة أحدهما الآخر بما عليه له من دين .

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٠٤ .

الوجه الرابع
مجاوزة حدود الولاية على المـــال

٣١٤ ـ عدم نفاذ تصرفات من له الولاية ـ فيما يجاوز حدودها ـ في حق المولى عليه

اذا كان القانون يجعل لبعض الاشخاص ولاية على مال عـديمي الأهلية أو ناقصيها أو من تقوم بهم بعض موانعها على التفصيل السابق بيانه ، ويعين حدود هـــذه الولاية ، فمعنى ذلك أن قدرة من تثبت له الولاية على القيـــام بتصرفات قانونية تنتج أثرها في مال وذمة المولى عليه لا تتأتى الا حيث تكون هذه التصرفات داخلة في حدود الولاية كما يرسمهـا القانون . ومعنى ذلك أن ما يجاوز من هذه التصرفات حدود الولاية كمـا يرسمهـا القانون لا ينتج أثره في مال أو ذمة المولى عليه ، أي لا يكون نافذا في حقه .

واذا كان الفرض أن مثل هـــذه التصرفات التي تجاوز حـدود الولاية تخالف صالح المولى عليه ، فقد تكون موافقة له رغم ذلك في بعض الحـالات ، وهو ما يقتضي حينئذ التمكين من بعد لانفاذها في حق المولى عليه عن طريق اقرارها ممن يثبت له القانون الحق في مثل هذا الاقرار .

ولا يتأتى تحقيق ذلك عن طريق القـول باعتبار هـــذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا(١) ، اذ يستحيل حينئذ تصحيحها من بعد بالاجازة رغم ما قد تحققه من صالح المولى عليه ، مما يجاوز المقصود أســـاسا من الولاية وهو

---

(١) انظر في ذلك :
Appel mixte, B. 8, p. 236.

استئناف مصر ، ٢ فبراير ١٩٢٤ ، المجموعة الرسمية ، س ٢٦ ، رقم ٣٤ ، ص ٥٨ .

عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، هامش ص ٣٢٩ ـ . أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٦٧ ، ص ٩٤ و ٩٥ . ـ أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج١ ، فقرة ٧٤ .

وانظر في مناقشة حجج بعض القائلين بهذا الرأي : كتابنا سالف الذكر ، هامش «٥» ، ص ٨٥٦ .

رعاية صالح المولى عليه • وكذلك لا يستقيم القول باعتبار هـــذه التصرفات باطلة بطلانا نسبيا(١) رغم ما يسمح به ذلك من امكـــان تصحيحها من بعد بالاجازة ، لما يؤدى اليه ذلك من اعتبارها منتجة آثارها منذ ابرامها فى ذمة المولى عليـــه الى أن يتم تاييدها نهائيـــا بالاجـازة أو زوالها نهائيـــا بالحكم بالابطال ، وهو ما لا يتفق مع وجوب اعتبارها فى الأصل غير نافذة فى حـق المولى عليه لمجاوزتها ما يرسمه القانون للولاية من حدود •

فالأولى اذن أن يقال ان أثر تصرفات الولى المجاوزة حـــدود الولاية من النفاذ فىحق المولىعليه يكون موقوفاعلىاقرار هذه التصرفات من بعدممن يملك هذا الاقرار(٢) ، ســـواء كان هو المحكمـة أو نفس المولى عليـه بعـد زوال الولاية(٣) • ومعنى ذلك أن مثل هذه التصرفات ـ على خـــلاف التصرفات القابلة للابطال ـ لا يكون لها أثر أو نفـــاذ فى ذمة المولى عليه فى الأصل ، ولكن يمكن أن يتحقق لها هذا الأثر باقرارها من بعـد ممن يملك ذلك ، أو يتأيد نهائيا انعدام أثرها بتخلف هذا الاقرار • وهى على هذا النحو ، تختلف كذلك عن التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا التى تعتبر غـــير منعقدة أصلا منذ البداية فيستحيل تصحيحها بالتالى من بعد •

---

(١) أنظر فى ذلك :

الأحكام المشار اليها فى نظرية العقد للسنهورى ، الموضع السابق • ـ نقض ١٦ يونيـــة ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٩ ، ص ١٣٢ • ـ نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٦ ، ع ١ ، رقم ١٢ ، ص ٧٣ •

(٢) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، هامش «١» ص ٤٠١ • ـ سليمان مرقس و محمد على امام ، عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد ، فقرة ١٣٨ ، ص ١٩١ ـ ١٩٣ • ـ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢٠٧ ـ ٢٠٩ •

وقـارب : عبد المنعم البدراوى ، عقـد البيع فى القـــانون المدنى ، ١٩٥٧ ، فقرة ١١٧ ، ص ١٧٦ •

(٣) أنظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨٥٨ •

الفصل الثانى

الشخص المعنوى أو الاعتبارى(١)

La personne morale

٣١٥ ـ أهمية الشخصية المعنوية ، ولزومها ، وتنظيمها

اذا كانت القيمة الاجتماعية للكائن هى ـ كما رأينا ـ مناط اعتراف القانون له بالشخصية ، وكان من البادى ثبوت هذه القيمة للانسان باعتباره الغاية من وجود الجماعة والقانون والحقوق ، فليس معنى ذلك انحصار هذه القيمة فى الانسان وحده وتخلفها بالضرورة عند غيره . اذ ليس ثم ما يحول ـ ومدلول الشخصية ما قدمنا ـ دون الاعتراف بها لغير الانسان من الكائنات ، ما دامت تتوافر له مثل هذه القيمة الاجتماعية بحيث يصلح مركزا للحقوق والالتزامات مما يحتم اسنادها ونسبتها اليه باعتباره صاحبها(٢) .

والواقع أن حقائق الحياة الاجتماعية نفسها تفرض الاعتراف بالشخصية لبعض الكائنات الجماعية التى تقوم بغرض تحقيق أهداف ومصالح انسانية . ذلك أن الانسان بمفرده أعجز ـ بالنظر الى جهده المحدود وعمره الموقوت .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e éd., par Trotabas, 2 vol., 1932. — Clements, Personnalité morale et personnalité juridique, 1935. — Coulombel, le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé, thèse Nancy, 1949; Personne morale. Encyclopédie Dalloz, droit civil, t. III, pp. 759 - 764. — Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes Ripert, t. I, pp. 138 - 159.

كتابنا سالف الذكر ، فقرات ٣٢٥ ـ ٣٧١ ، ص ٨٥٩ ـ ١٠٠٨ .

(٢) أنظر سابقا ، ص ٥١٦ و ٥١٧ .

- عن القيام بأعمال ضخمة لها حظ من الدوام والاستمرار • فصالح البشرية واستمرار وجودها متواصلة دون توقف أو انقطاع ، يجعـــل من المحتم قيام تجمعـــات فردية أو مالية قوية ودائمة ، تواصـــل رسالتها على مر أجيال متعاقبة ، فى انطلاق من قصور طاقة الفرد وتحرر مما يتهدد الانســان من موت • وهو ما يتطلب الاعتراف لهذه التجمعات بكيـــان مستقل عــن كيــان الافراد المكونين لها أو المنتفعين بها ، بحيث تدخل باسمها ميـــدان النشاط القـــانونى وتصبح صـاحبة للحقوق والالتزامات ، مما لا يتأتى الا باعطائها شخصية مستقلة خاصة بها •

وضرورات الحياة الاجتماعية المحتومة التى تفرض الاعتراف بالشخصية لمثل هـذه التجمعـات قد فرضت نفسها دائما على القوانين الوضـــعية ، منذ ما عرفت الدولة فى القـــديم ووجب الاعتراف لهـــا بداءة بشخصية ذاتيـة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين لها ، لتمكينها من النهوض بتبعاتهـــا من تمثيل نفس الأمة على اختلاف حكامها وتعاقب أجيالها • ثم تطور الامر الى الاعتراف بالشخصية كذلك لبعض جماعات الأفراد المستهدفة أو غير المستهدفة تحقيق الربح ولبعض مجموعات الأموال المرصودة على تحقيـق البر أو النفع العام ، على اختلاف بين الشرائع فىمدى هذا الاعتراف - ضـيقا واتساعا - تبعا لمدى تخوف الدولة من ظهور مثل هذه الأشخاص المعنوية القـــوية الى جانبها واستشعارها الخطر من منافستها لها وتوسطها بين الفرد وبينهـــا ، فتاريخ الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية(١) هو تاريخ كفاح الدولة ضدها(٢) •

ولم يعن المشرع المصرى أول الأمر بوضع قواعد عـــامة تؤصل نظـرية للشخصية المعنوية أو الاعتبارية • ولكن التشريع المصرى لم يكن يخلو على أى حـال من نصوص تعتبر تطبيقـات جزئية لفكرة الشخصية المعنوية ، كبعض نصوص التقنين التجارى ، ونصوص بعض القوانين الخاصة المتعلقـــة بأنواع

---

(١) راجع فى هذا التاريخ وفى تطور فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية : كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٦٢ - ٨٦٩ •

(٢) Mazeaud, t. I, No. 602.

معينة من الجمعيات . غير أن القضاء المصرى لم يحصر حينئذ فكرة الشخصية المعنوية فى نطاق هذه النصوص وحدها ، بل توسع فيها وبسطها على كثير من جماعات الأشخاص وبعض مجموعات الاموال . فاستقر على الاعتراف بالشخصية للجمعيات ما دامت تهدف الى أغراض مشروعة خاصة وأن دستور سنة ١٩٢٣ كان يقرر أن للمصريين حق تكوين الجمعيات(١) ، وعلى الاعتراف بالشخصية كذلك للشركات ما عدا شركات المحاصة(٢) ، وللأوقاف(٣) . ولكنه لم يصل الى حد اسباغ الشخصية المعنوية على المؤسسات الخاصة اكتفاء بما كان يغنى عنها من الأوقاف .

وقد حرص المشرع المصرى أخيرا على تقنين هذا القضاء واكماله بخاصة فيما يتعلق بمنح المؤسسات الخاصة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فجاء التقنين المدنى الحالى متضمنا تنظيما عاما يحكم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ويبين أنواعها المختلفة ، وتنظيما خاصا لأهم الأشخاص المعنوية الخاصة وهى الجمعيات والشركات والمؤسسات . ثم أعاد المشرع المصرى تنظيم أحكام الجمعيات والمؤسسات الخاصة مرتين : الأولى بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، والثانية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المطبق حاليا فى هذا الشأن . كل ذلك فضلا عن أحكام التنظيمات الخاصة ببعض الأشخاص الاعتبارية الأخرى وفى طليعتها النصوص الخاصة بالشركات التجارية .

٣١٦ - منهج البحث

لدراسة الشخص المعنوى أو الاعتبارى ، نقف أولا على الأصول العامة التى تحكم الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، ثم نبين أنواع الشخص المعنوى

---

(١) أنظر : الاسكندرية المختلطة ١٩ مارس ١٩٢٣ ، المحاماة ٥ ، رقم ١٤٩ ، ص ١٦٢ ، مصر الأهلية (استئنافى) ٢٥ مايو ١٩٢٥ ، المحاماة ٥/٦١٨/٧٥٠ . مصر الكلية (مستعجل) ٢٠ مارس ١٩٤٠ ، المحاماة ٢٠/٥١٤/١٢٣٢ .

(٢) أنظر بصفة خاصة : نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (مدنى) ج ٥ ، رقم ٣١ - ص ٧٢ .

(٣) نقض ٢٦ ابريل ١٩٣٤ ، مجموعة عمر (مدنى) ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ -

أو الاعتبارى المختلفة عاما كان هذا الشخص أو خاصا . ومن ثم نقسم هـذا الفصل الى مبحثين .

المبحث الأول ـ فى النظرية العامة للشخصية الاعتبارية .

المبحث الثانى ـ فى أنواع الشخص الاعتبارى .

المبحث الأول

النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٣١٧ - تمهيد وتقسيم

اذا كان الاعتراف بوجود الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح أمرا واقعا ومسلما فى القوانين الوضعية الحديثة ، الا أن الخلاف ما يزال قائما فى الفقه حول طبيعة هذه الأشخاص وتكييفها ، وان كان الراجح - كما سنرى - أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية حقيقة واقعية وليست مجرد حيلة صناعية . ومع ذلك فانها فى طبيعتها هذه تختلف بعض الاختلاف المحتوم عن الشخصية الطبيعية نتيجة الاختلاف بينها فى التكوين ، مما يظهر أثره خاصة فى كيفية ابتدائها ، وتحديد مداها وأهلية وجوبها ، وتعيين علاماتها وخصائصها المميزة ، ورسم كيفية سيرها ونشاطها ، وتحديد طرق انقضائها وانحلالها .

ولذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالى :

المطلب الأول - فى طبيعة الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثانى - فى ابتداء الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثالث - فى مدى الشخصية الاعتبارية .

المطلب الرابع - فى مميزات الشخصية الاعتبارية .

المطلب الخامس - فى نشاط الشخصية الاعتبارية .

المطلب السادس - فى انقضاء الشخصية الاعتبارية .

المطلب الأول

طبيعة الشخصية الاعتبارية

٣١٨ - الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته

احتدم الجدل في الفقه حول طبيعه الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، بحيث تنازعته نظريتان متعارضتان : الأولى ترى في هذه الشخصية مجرد افتراض وحيلة صناعية ، والثانية ترى فيها حقيقة من الحقائق الثابتة . وليس مثل هذا الخلاف - كما قد يبدو في الظاهر - خلافا نظريا مجرد القيمة من الناحية العملية . ذلك أن تفاوت النظرة هذا التفاوت الى تكييف وتأصيل الشخصية الاعتبارية ، ينعكس أثره من الناحية العملية على مسائل كثيرة ، مثل تحديد مدى سلطان المشرع ازاء الأشخاص الاعتبارية ، وكيفية تعيين جنسيتها ، وامكان تقرير أو عدم تقرير مبدأ مسئوليتها الجنائية والمدنية ، وتبرير الحد من مدى أهليتها ، وتحديد أسباب ونتائج انقضائها(١) .

فنعرض أولا لنظرية الشخصية الافتراضية (Théorie de la personnalité fictive) ثم لنظرية الشخصية الحقيقية (Théorie de la personnalité réelle) لنرى من بعد - على ضوء تقدير النظريتين - جوهر حقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ومقوماتها .

٣١٩ - نظرية الشخصية الافتراضية(٢)

(١) **عرض النظرية** : تقوم هذه النظرية على أن الانسان وحده هو الذى

---

(١) أنظر في ذلك :
Beudant et Voritin, t. IV, No. 242.

(٢) راجع ، بصفة خاصة ، في عرض هذه النظرية ونقدها :
Saleilles, pp. 306 - 386. — Roguin, t. II, Nos. 711 - 714, pp. 376 - 379. — Bonnecase, t. IV, Nos. 61 bis et s. — Michoud, t. I, Nos. 6 - 15 bis, pp. 16 38. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 248. — De la Gressaye et Laborde-Lacoste, No. 390. — Mazeaud, t. I, No. 593. — Marty. et Raynaud, t. I, No. 1048.

محمد عبد الله العربى ، الفقه الادارى الحديث وتصويره للدولة وتشاطها القانونى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٩٤ - ١١٨ ، أنظر : ص ١٠٠ - ١١٠ .

تثبت له الشخصية فى نظر القانون • واذا كان القانون ، فضـــلا عن ذلك ، يعترف ـ فى أحوال معينة ـ لغير الانسان بالشخصية فيخلعها على جماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال حتى يثبت لها صلاحية فى اكتســاب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فانما يتوصل الى ذلك ـ تحقيقا لهذا الغرض ـ عن طريق حيـلة صناعيــة بحت وافتراض قـــانونى محض ، بتشبيه هــذه الجماعات من الأشخاص وتلك المجموعات من الأموال بالانســـان ، رغم ما فى ذلك من مخالفة واضحة لحقائق الواقع • وبذلك لا يكون لمثل هذه الأشخاص المعنوية وجود حقيقى كالانسان ، وانما يكون لها مجرد وجود صناعى من خلق القانون • فالحق عند هذه النظرية قدرة ارادية لدى صاحبه ، بحيث لا يتصور ثبوت الحق الا للانسان وحده باعتبـاره ـ بحسب طبيعته ـ الكائن الوحيد ذا الارادة ، مما يجعل اثبـــات الشخصية أو صلاحية اكتساب الحقوق لغـير الانسان مجرد تحايل من قبل القانون يسبغ على الشخص المعنوى أو الاعتبارى ارادة لا يثبتها له الواقع •

والنظر الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على أساس أنها مجرد خلق صناعى وافتراض بحت لا يستند الى حقيقة واقعة ، يولد عند أنصـــار هذه النظرية نتــــائج عملية معينة ، منها اطـــلاق يد المشرع وسلطانه فى أمر الشخصية الاعتبارية ، بحيث يكون هو المتحكم فى منحهـــا أو منعها ، وهو صاحب القول الفصــــل فى بقائها ان شاء مد فى حياتها وان شاء أنهـــاها • ومنها الحد من حقوق الشخص الاعتبارى وحصر أهليته فى نطاق لا تعدوه هو نطاق الغرض من وجوده ، وهو ما يعنى تخصصه بهذا الغرض وحده • ومنها كذلك امتناع تقرير مسئولية الشخص الاعتبــــارى الجنائية والمدنيـــة على السواء ، لأن القصد الجنائى والخطأ الشخصى ـ وهما يتطلبان الوعى والارادة والادراك ـ لا يتصـــور نسبتهمـــا الى شخص وهمى افتراضى لا وجــــود حقيقى له(١) •

---

(١) راجع ، بصفة خاصة ، فى تفصيل النتائج المتفرعة على نظرية الافتراض :

Saleilles, pp. 312 - 360.

عبد الله العربى ، المقالة السابقة ، ص ١٠١ ـ ١٠٥ •

(٢) **تقدير النظرية** : واضح أن هـــذه النظرية تقوم على مقدمات غير مسلمة . فالقـــول بأن الانسان وحـــده هو الذى تثبت له الشخصية فى القانون . باعتبار ذلك من قبيل المسلمات البديهيـــة المحتومة . قول يعوزه الدليل ويصح لذلك نعته بما ينعت به الشخصية المعنوية من افتراض . وهو انمـا يقوم على خلط ظـاهر ينبغى توقيه ، كما سبق البيان ، بين مدلـول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والأخـــلاق وعلم النفس . بينما الثابت أن مدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقا وأرحب مدى من مدلوليها الفلسفى أو النفسى . اذ يتسع للانســـان ولغير الانسان . وكـذلك تستند هذه النظرية الى تعريف خاص للحق بأنه قـدرة ارادية ، ليس هـو التعريف السائد ولا المقبول .

وكذلك يؤخذ على هذه النظرية خطورة النتائج التى يحتمها منطقيـــا . فهى حين تنظر الى الشخص الاعتبارى بوصـــفه شخصا وهميا افتراضـيا . لا تحـل المشكلة الضخمة التى تختفى وراء فكرة الشخصية الاعتبارية وهى مشكلة تحديد من يعتبر مالكا لأشياء غير مملوكة لانسان بعينه ، كمـــا هى الحال فى صورة جمعات الأفراد أو مجموعات الأموال ، أو هى تحلهـــا على نحو غير معقول أو مقبول باعتبـــار أن المـــالك هو ذلك الشخص الاعتبارى الافتراضى الذى لا وجود حقيقى له ، وهو ما يعنى فى الواقع أن هذه الأشياء سائبة غير مملوكة لأحد(١) .

ومن ناحية أخرى ، فان منطق هـــذه النظرية فى اطلاقه يحتم اعتبـار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهميا . وليس يخفى خطر مثل هذه النتيجة على القانون وعلى الجماعة وفكرة السيادة فيها . واذا كان بعض أنصـــار هذه النظرية يتحايلون ـ لتفادى هذه النتيجة ـ بالقول بأن الدولة شخص معنوى حقيقى لأن وجودها ضرورى محتوم(٢) ، ففى ذلك القضـــاء على النظرية(٣)

---

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, t. No. 8, p. 19.

(٢) أنظر فى الاشارة الى هذا القول والى أصحابه :
Bonnecase, t. IV, pp. 111, 120, 121, 138.

(٣) Michoud, t. I, No. 12. p. 28.

واستقامة منطقها(١) ·

واذا كانت هذه النظرية تفتقد - على هـذا النحو ، الأسس المسلمة والمنطق السليم وتفضى الى نتائج غير مقبولة أو واقعية ، فهى حقيقة اذن بما يخنطه الفقه الحديث تجاهها من رفض واعراض ·

٣٢٠ - نظرية الشخصية الحقيقية

اذا كانت النظرة الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بوصفها شخصية وهمية افتراضية أمرا غير مقبول ، فان جمهور الفقه الحديث يستقر اليوم على النظر الى الشخصية المعنوية بوصفها حقيقة واقعية · وليس معنى هـذا أن الاتفاق سائد حول مفهوم هـذه الحقيقة وجوهرها ، فأنصـار الشخصـية الاعتبارية الحقيقية فى اتفـاقهم على الصفة الحقيقية لهـذه الشخصية ونفى الصفة الافتراضـية عنها يختلفون بعد ذلك فى تصوير هـذه الحقيقة أشد الاختلاف ، مما أدى الى ظهور نظريات مختلفة فى هذا الشأن ·

(١) نظريات تماثل الشخصـية الاعتبارية والشخصية الطبيعيـة :
يوجد اتجاه كبير يحاول تصوير حقيقة الشخصية الاعتبارية على نسق وحذاء حقيقة الشخصية الطبيعية وتكوين الانسان ، اما بادعاء وجود تكوين عضوى فى الشخص المعنوى مماثل للتكوين العضوى أو الحيوى للانسان ، واما بادعاء وجود ارادة جماعية فى الشخص المعنوى مقابلة للارادة فى الشخص الطبيعى ·

١ - النظرية العضوية اوالحيوية Théorie organique ou biologique (٢):

لا ترى هـذه النظرية فارقا فى التكوين بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى ، فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة تكون كـلا واحدا ، اذ الأفراد المكونون للشخص الاعتبـارى هم خلايا هذا الجسم الواحد التى تؤلف وجوده وتخلق حياته ·

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٣٠ ، ص ٨٧٦ و ٨٧٧ ·

(٢) راجع فى عرض هذه النظرية وانتقادها ·
Saleilles, pp. 527, 528. — Michoud, t. I, Nos. 33 - 35. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

ولكن من الواضح أن مثل هذا التصوير تصوير مجازى محض وليس بالتصوير الحقيقى . فضلا عن أن القول بكفاية وجود خلايا تكون بتجمعها كلا أو جسما واحدا لقيام الشخصية قول غير صحيح على اطلاقه ، فالحيوانات والنباتات تتكون كذلك من خلايا ومع ذلك لا تتمتع بالشخصية فى نظر القانون .

٢ ـ **نظرية الارادة** : ترى هذه النظرية أن للشخص الاعتبارى ارادة جماعية واحدة مستقلة عن ارادات الأشخاص الطبيعيين المؤلفين له ، وهو ما يكفى لاسباغ الشخصية عليه كما تكفى الارادة عند الانسان لذلك(١) .

وتركيز هذه النظرية على عنصر الارادة وتعليقها الشخصية بالتالى على وجود الارادة أو امكان ظهورها ، ناشىء من أخذها الحق على التعريف التقليدى من أنه قدرة أو سلطة ارادية ، وهو تعريف بين الفساد كما سبق البيان . وكذلك يعيب هذه النظرية أنها تحاول أن تخلق تماثلا أو تطابقا بين الشخص المعنوى أو الاعتبارى والشخص الطبيعى فى الشخصية الفلسفية أو الأخلاقية أو النفسية من حيث الارادة خاصة(٢) ، رغم أن هذا التماثل أو التطابق مستحيل بين الشخصين وأن الارادة ليست مناط الشخصية كما سبق البيان .

(٢) **نظرية المصلحة الجماعية** : تربط هذه النظرية ـ التى تروج عند جمهور الفقه الفرنسى الحديث(٣) ـ الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بتعريف الحق

---

(١) راجع بخاصة فى عرض هذه النظرية وانتقادها :

Saleilles, pp. 524 - 526, 528 - 549 — Michoud, t. I, Nos. 36 - 44. — Clements, pp. 62 et s.

كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٨٨ ـ ٨٩٠ .

(٢) فى هذا المعنى :

Michoud, No. 43. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

اسماعيل غانم ، ص ٢٢٠ .

(٣) Michoud, t. I, 52, 53. — Capitant, No. 160. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 252. — Colin, Capitant et De Da Morandière, t. I, No. 898. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 71.

بأنه مصلحة يحميها القانون ، فتؤسس هذه الشخصية على وجود مصلحة جماعية (intérêt collectif) مستقلة عن المصالح الفردية . ومنطق هـذه النظرية أنه اذا كانت الحقوق مصالح يحميها القانون ، فليس بحتم أن تكون هـذه المصالح فردية وأن يوجد على رأسها أفراد أو أشخاص طبيعيـون ، بل قـد توجد مصالح جماعية تتبلور فى تنظيم معين يوفر لها كيانا مستقلا عن المصالح الفردية للأعضاء الداخلين فى هـذا التنظيم او المنتفعين به ، فحينئذ تكون جديرة بحمـاية القـانون ، وتكون حقوقا جماعيـة مستقلة يمكن نسبتها الى شخص جماعى مستقل .

واذا كانت هذه النظرية تفضل النظريه العضـوية أو الحيوية ونظرية الارادة بتجنبها محاولات هاتين النظريتين العقيمة الفاشـلة لاثبات شخصية فلسفية أو نفسية للأشخاص الاعتبارية كالأشخاص الطبيعية سواء من حيث التكوين العضوى أو الارادى ، الا أنها وقد ربطت نفسها بتعريف معين للحق كمصلحة يحميها القانون ، لابد وأن تتعرض لما يتعرض له هذا التعريف من انتقادات كثيرة سبقت الاشـارة اليها(١) . وفضـلا عن ذلك ، فان ربط الشخصية بهذا التعريف يقود منطقا الى حصر الشخصية فى صاحب المصلحه أو المتمتع بالفائدة والمنفعة ، وهو ما يكشف عـن أن الشخصـية يجب أن تثبت لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال نفسها ككل واحد مستقل ولـكن للأشخاص الطبيعيين المكونين لهذه الجماعات أو المنتفعين بهـذه المجموعات ، لأن المنفعة والتمتع انما يعود اليهم وحـدهم فى نهاية المطـاف لا الى هذه الجماعات أو تلك المجموعات(٢) . وكأن الاعتراف لهذه الجماعات أو المجموعات ككل بشخصية معنوية أو اعتبارية مستقلة ليس فى الواقع اذن الا افتراضـا محضاً يستر حقيقة الواقع.

(٣) النظرية الاجتماعية او نظرية النظم(٣) : تتصدى هـذه النظرية

---

(١) راجع سابقا ، فقرة ٢٢٨ .

(٢) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., pp. 142, 143.

(٣) راجع فى ذلك بخاصة :

لتفسير الشخصية الاعتبارية على أساس من البصر بالواقع الاجتماعي وما تتضمنه ظواهره من نظم مختلفة • وهي تقصد بالنظم وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر في الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة ، وتعطيها كيانا أو هيئة اجتماعية مستقلة لها حياتها الداخلية ونشاطها الخارجي(١) •

ومن ذلك يتضح أنه ليست كل فكرة يتاح لها التحقيق والاستمرار في المحيط الاجتماعي تكون شخصا معنويا وبالتالي شخصا قانونيا • فثم نظم يمكن تسميتها « النظم الاشياء » (institutions - choses) ليست بأشخاص ، لأنها — رغم اعتبارها فكرة تعيش وتتحقق في المحيط الاجتماعي — لا تولد كيانا أو هيئة ذاتية تعمل بوسائل خاصة بها • فالقاعدة القانونية مثلا اذا كانت نظاما يعيش في المجتمع حول فكرة أساسية موجهة ، الا أنها لا تتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وانما تتوصل الى هذا التحقيق باستعارة سلطة الدولة . ولذلك تظل مجرد نظام من الأنظمة الأشياء(٢) •

وانما يصير النظام شخصا أو يدخل مرحلة التشخيص المعنوي فالقانوني(٣) ، اذا ولدت الفكرة هيئة لها وجود ذاتي في المجتمع وتنظيم معين

= Hauriou, Au sources du Droit, 1933, La théorie de l'institution et de la fondation, pp. 89 - 128. — Renard, La théorie de l'institution, 1930 ; La philosophie et l'institution, 1939. — Delos, La théorie de l'institution, La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, Arch. de Phil. du droit et de soc. juridique, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 97 - 158.

(١) ترجع الجذور الاولى لهذه النظرية الى الفقه الالماني ، وان كان بناؤها كنظرية متكاملة قد تم في الثلث الأول من القرن الحالي على يد جانب من الفقه الفرنسي الحديث • وهي تنسب فيه خاصة الى « هوريو » ، الا أن فكرتها قد أثارها من قبل « سالى » (Saleilles, pp. 608, 609) ثم فصلها وبسطها من بعد « رينار » و « ديلو » •

ويأخذ بهذه النظرية كذلك بعض الفقهاء المصريين ، أنظر :

شفيق شحاته ، فقرة ١٢٣ — عبد الحي حجازى ، ص ١٦٨ و ١٦٩ •

(٢) Hauriou, op. cit., p. 97.

(٣) ترى هذه النظرية ان الشخصية القانونية ليست الا تعبيرا عن الشخصية المعنوية في المحيط القانوني ، أو هي أسلوبها القانوني (Hauriou, op. cit., p. 127)

يعمل لتحقيقها بوسائل وأجهزة خاصة ، وباندماج واتحاد جماعة من الأفراد ــ الأعضاء أو المنتفعين ــ مع هــذه الأجهزة فى هذه الفكرة . فالدولة مثــلا تعتبر من « النظم الأشخاص (institutions - personnes) (١) ، لأن الفكرة الموجهة ــ وهى حماية مجتمع وطنى ــ لا تلبث أن تخلق هيئة اجتماعيــة لها كيان ذاتى مستقل هى الدولة ، تقوم على تنظيم معين وأجهزة خاصة ــ كأجهزة التنفيذ والتشريع ــ لتحقيق هذه الفكرة فى اتحاد وتعاون مع المواطنين أعضاء هذا المجتمع المندمجين فى هذه الفكرة .

فاجتماع هذه العناصر الأساسية اللازمة للشخصية من شأنه أن يصير الفكرة كائنا اجتماعيا متميزا ، له وعى بذاته وبصر بمصيره وأهدافه ، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقائه محققا غاياته بوسائله وأجهزته الخاصــة ومتحملا مسئولية أفعاله وتصرفاته(٢) .

واذا كانت هذه النظرية تفضل نظرية المصلحة بما تقدم من تحليــل مبتكر لحياة الكائنات الجماعية مستوحية كنه الروابط والظواهر الاجتماعية ، فيبقى أنها نظرية يحوطها الكثير من الغموض ، وأن معيار الشخصية المعنوية أو الاعتبارية فيها ما يزال يفتقــد دقة التحديد(٣) . وأن الفصل بين « النظم الأشياء » و « النظم الأشخاص » فصل تحكمى يعوزه الوضوح والتبرير على السواء .

واذا كان ظاهر هذه النظرية قد يشعر بتجنبها محاولات بعض النظريات الأخرى بنــاء الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على نسق وحــذاء شخصيــة الانسان الى حد التطرف العكسى غير المقبول فى محاولة بناء شخصية الانسان نفسها على نسق وحذاء شخصية الجماعات واعتبــارها كذلك نظاما من النظم

---

(١) Hauriou, op., cit., p. 96.

(٢) انظر فى بيان ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٩٥ و ٨٩٦ .

(٣) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, t. I, No. 1049, p. 1264.
ولذلك يعيب عليهــا بعض الفقهــاء (Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72) عجزها عن تفسير عدم تمتع الأسرة بالشخصية ، وهى نظام من أكثر النظم متانة واستقرارا .

التى تقوم على فكرة موجهة معينة يعمل فى خدمتها ولتحقيقها تنظيم معين بمعاونة واشتراك خلايا متعددة(١) ، الا أن هذه النظرية فى حقيقة الأمر ما تزال تدور فى الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير الشخص المعنوى على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وآية ذلك أنها تستلزم فى الكائن الاجتماعى وعيا بذاته وبصرا بأهدافه وتحكما فى وسائله بما يحقق الغاية الموجهة ·

٣٢١ - جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية

هاتان هما النظريتان الاساسيتان فى تكييف طبيعة الشخصية الاعتبارية على اختلاف وتباين صور كل منهما · وواضح مما قدمنا أنه يجب استبعاد فكرة الافتراض فى هذا الشأن ، فلا يبقى الا التسليم بأن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية ، ولذلك نفضل اصطلاح « الشخصية المعنوية » على اصطلاح « الشخصية الاعتبارية » الذى يستعمله المشرع المصرى منذ صدور التقنين المدنى الحالى بخاصة ، اذ ينطوى عليه الاصطلاح الثانى من معنى الافتراض · غير أننا رأينا أن التصويرات المختلفة لهذه الحقيقة ليست بالتصويرات المقنعة · من أجل ذلك ، ينبغى محاولة التماس تصوير آخر لحقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية يكون أكثر منطقا وقبولا ، باستهداء الحقائق التى استخلصناها من مناقشة التصويرات المختلفة لحقيقة هذه الشخصية والمدلول المحدد الذى أعطيناه للشخصية القانونية ·

والشخصية فى نظر القانون - كما سبق البيان - انما تعنى فحسب مجرد صلاحية كائن من الكائنات لوجود الحقوق له أو عليه · وقد حددنا هذا الكائن بأنه كائن متميز ذو قيمة اجتماعية معينة(٢) · وواضح أنه ليس المقصود بالكائن المتميز كائنا حيا حياة طبيعية حسية عضوية بالضرورة ، فالحيوان بل والنبات كائن بهذا المعنى ولكنه لا يتمتع بالشخصية فى نظر

---

(١) انظر فى ذلك بخاصة :

Hauriou, op. cit., pp. 108, 109.

(٢) راجع سابقا ، ص ٥١٧ ·

القانون . وانما المقصود به كل موجــود له وجــود ذاتى مستقل وحقيقى . ويجب أن يؤخذ الوجود الحقيقى بالمعنى الواسع الذى يصرفه الى كل وجــود مــادى أو معنــوى ، لا بالمعنى الضــيق الذى يقصره على الوجــود المــادى الحسى ، اذ ينبغى الحــذر من الخلط بين المادة (matière) وبين الحقيقــة (réalité) (١) ، فليست الماديات المحسوسة وحدها هى التى تتمتع بوجود حقيقى . ويستوى فى هذا الوجود الحقيقى أن يكون الكائن الموجود من خلق الطبيعة كالانسان ، أو من خلق الانسان ولخدمته(٢) - كالشركات والجمعيات والمؤسسات - ما دام لها من الوجود والكيان المستقل ما يميزها عن كيان وذاتية الشركاء والأعضاء والمنشئين .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل كائن له وجود ذاتى مستقل وحقيقى على هذا النحو يتمتع حتما بالشخصية ، بل يلزمه لهذا التمتع - فضلا عن ذلك - أن يمثل قيمة اجتماعية معينة(٣) تجعله أهلا لأن يدخل فى الوجود القانونى كصاحب حياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزا للحقوق والواجبــات أو الالتزامات . فالشخصية القانونية اذن انما تتحقق بتحويل الوجود الواقعى لمثل هذه الكائنات الى وجود قانونى توضــع فيه على رأس حيــاة قانونيــة مستقلة ، ما دام أن لها من القيمة الاجتماعيــة ما يقتضى ويبرر مثل هــذا التحويل . ولذلك فبعض الكائنــات التى لها وجود ذاتى واقعى بل وحسى كالحيوانات ، اذا دخلت مرحلة الوجود القــانونى فلا تدخل فيه باعتبــارها صاحبة حياة قانونية مستقلة ، لأنه ليس لها من القيمة الاجتماعية ما يبرر وضــعها على رأس مثل هــذه الحياة وجعلهــا مركزا وصــاحبة للحقــوق والالتزامات ، وانما تدخل فيه - بحكم طبيعتها التى تجعلها مسخرة لخــدمة الانسان - بوصفها شيئا تابعا ومحلا وموضوعا لحقوق الأشخاص ذوى الحياة

---

(١) Dabin, p. 135

(٢) Dabin, p. 151

(٣) فى هذا المعنى :
Réglade, pp. 75 76. — Dabin, pp. 148, 149.
وانظر كذلك سابقا ، ص ٥١٦ و ٥١٧ .

القانونية المستقلة(١) ٠

فالانسان اذا كانت له الشخصية القانونية اليوم ، فليس ذلك مؤسسا اذن على شخصيته الفلسفية أو النفسية ولا على تكوينه العضوى أو الحيوى الخاص ولا على ارادته المستكنة أو الناشطة . وانما تثبت له الشخصية باعتباره كائنا له كيان ذاتي مستقل ويمثل من القيمة الاجتماعية ما يحتم وضعه على رأس حياة قانونية مستقلة واعتباره مركزا صالحا لأن تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات ٠

وكذلك الشأن في الدولة والجمعيات والشركات والمؤسسات والأوقاف وغيرها من صور الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، فهي كائنات لها وجودها الذاتي والحقيقي في الحياة الاجتماعية ، وتمثل من القيمة الاجتماعية ما يدخلها في نطاق القانون صاحبة لحياة قانونية مستقلة ومركزا للحقوق والالتزامات أي شخصا من أشخاص القانون ٠ ومثل هذه القيمة الاجتماعية تتوافر لهذه الكائنات حينما يصبح وجود هذه الكائنات مفروضا بالضرورة ٠ وهو ما يتحقق أمام ضخامة بعض الأهداف الانسانية المشروعة ذات القيمة الاجتماعية أو الرغبة في استدامتها على مر أجيال طويلة متعاقبة ، اذ يكون من الخطر اسناد هذه الأهداف الى كائن فردي بعينه وربط مصيرها بمصيره ، مع ما هو معلوم من طاقته المحدودة وظروفه غير المضمونة وحياته الموقوتة ٠ بل ينبغي الاعتراف لهذه الاهداف بحياة مستقلة عن حياته ، وقدرة قوية تطاول قوته ، وهو ما لا يتأتى الا باسنادها الى هذه الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، التي توحد كما رأينا وجودا حقيقيا وان لم يكن ماديا في الحياة الاجتماعية ، والتي تتمتع — رغم خروجها من تجمع وتكتل عدد من الأفراد أو رصد فرد أو أفراد مجموعة من الأموال على تحقيق هذه الأهداف — بكيان ذاتي مستقل لا يختلط بكيان وذاتية مكونيها أو منشئيها من الأفراد ٠

ومن ذلك تتضح حقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية وقيامها على عنصرين أساسيين :

---

(١) في هذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 147.

(١) **كائن جماعي أو اجتماعي** يخرج من تجمعات فردية أو مالية ويتمتع بكيان ذاتي مستقل عن كيان وذاتية مكونيه أو منشيئه من الافراد . ووجود مثل هذا الكائن وجود حقيقي لا افتراض فيه، مادمنا نفصل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية ولا نقصر الحقيقة على الحقيقة المادية وحدها ، ودون حاجة الى اصطناع وعي أو تكوين عضوى أو ارادى له مماثل للانسان .

(٢) توافر **قيمة اجتماعية** لهذا الكائن ، متأتية من قيمة الهدف الذى يسعى الى تحقيقه ، ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق .

فاذا توافر هذان العنصران ، استوى الكائن الجماعى أو الاجتماعى على رأس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف وصار مركزا تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق وواجبات والتزامات ، اذ يكون حينئذ أهلا لأن يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من قيم وسلطات ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات .

ويراعى أننا نستبعد من مقومات وعناصر الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ما تتفق عليه كثير من النظريات والآراء(١) من استلزام وجود تنظيم معين للشخص المعنوى يعمل فى خدمة غرضه أو فكرته بأجهزة وأدوات خاصة به . وليس معنى ذلك أننا ننكر الحاجة الى وجود مثل هذا التنظيم ، فهو ضرورى ولكن لنشاط الشخصية المعنوية لا لوجودها . وليس فى ذلك غرابة ، فالصغير غير المميز يتوافر على الشخصية لمجرد كونه كائنا ذاتيا ذا قيمة اجتماعية ، دون استلزام قيامه بنفسه بما تستلزمه شخصيته من

---

(١) أنظر فى ذلك بصفة خاصة :

Michoud, t. I, Nos. 54, 55. — Hauriou, pp. 98, 102 et s. — Bonnecase, t. IV, No. 155. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Nos, 393 - 395. — Dabin, pp. 148, 149, 163.

شفيق شحاته ، فقرة ١١٩ و ١٢٠ . ـ عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١١٧ . ـ سليمان مرقس ، فقرة ٢٣٧ . ـ لسماعيل غانم ، ص ٢٢١ .

نشاط اذ ينوب عنه فى ذلك شخص آخر هو الولى أو الوصى • وكذلك الحال فى الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية التى تتوافر لها مقومات وجود الشخصية بكيانها الذاتى المستقل ذى القيمة الاجتماعية ، ثم تحتاج من بعد الى جهاز وتنظيم معين يباشر عنها نشاطها •

المطلب الثانى

ابتداء الشخصية الاعتبارية

٣٢٢ ـ اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون

اذ كانت شقة الخلاف النظرى واسعة على ما رأينا بين نظريات الافتراض ونظريات الحقيقة حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فلم تلبث أن انعكست على تحديد مدى سلطات المشرع ازاء الأشخاص المعنوية من حيث اكتساب شخصيتها • اذ رتب أنصار نظرية الافتراض عليها أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية تكون منحة من المشرع ، بحيث تترك لمحض حريته وتقديره دون قيد أو الزام عليه فى ذلك • بينما رتب أنصار نظريات الحقيقة نتيجة عكسية ، مقتضاها أن الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ما دامت تعبر عن حقائق واقعية ، فشخصيتها القانونية لازمة وقائمة تفرض نفسها على المشرع بحيث لا يمكن انكارها اذا توافرت مقوماتها •

ويبدو أن من المغالاة رد أمر التقييد أو الاطلاق فى حرية نشوء مثل هذه الكائنات الجماعية واكتسابها الشخصية الاعتبارية الى الخلاف حول طبيعة هذه الشخصية وهل هى افتراضية أو حقيقية(١) ، اذ ليس من المقبول فى ظل القوانين الوضعية ـ وأيا كانت طبيعة هذه الشخصية ـ انكار الحاجة الى تدخل المشرع لاكتساب هذه الشخصية وابتدائها كما ذهب الى ذلك بعض غلاة أنصار نظرية الحقيقة • وليس فى ذلك ما يناقض ما انتهينا

---

(١) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، ص ٢١٦ •

اليه من حقيقة هـذه الشخصية ، أو ما يحمل معنى التسليم بأن المشرع انما يخلق بذلك الشخصية لهذه الكائنـات خلقا صناعيا من العدم في شكل منحة يتفضل بها عليهـا • فليس تدخل المشرع مرادفا دائما للتحـكم أو للافتراض ومخالفة الحقيقة ، وانما يكون تدخله بمثابة الاعتراف بمـا تواقر لهذه الكائنات في الحياة الاجتماعية من وجود حقيقي يستند الى مقومات معينة تجعلها أهلا لأن توضع على رأس حياة قانونية مستقلة بما تستتبعه من حقوق والتزامات ، فهو في تدخله في اكتساب وابتداء الشخصية الاعتبـارية انما يلتزم حكم الواقع والحقيقة لا يعدوه الى الاصطناع والافتراض ، فلا يقوم اذن بالخلق بقدر ما يقوم بالاعتراف(١) •

واذا كان تدخل المشرع لازما لاكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية على هذا النحو من الاعتراف والتعبير عن حقائق الواقع ، فليس معنى ذلك أن المشرع يلتزم بهـذا الاعتراف التزاما مفروضا ، اذ يبقى الأســـاس في الشخصية الاعتبارية - وهو القيمة الاجتماعية التي تعطى الـكائن الجماعي صلاحية تصدر حياة قانونية مستقلة - أمرا نسبيا يخضع لاعتبـارات كثيرة أهمها اعتبارات العدل واختلاف صوره ومدلوله والترجح بالتالي بـين النزعـة الفردية والنزعة الاجتماعية ، وهو ما يفسح للمشرع - باستيحاء هـــذه الاعتبارات - حرية في الاعتراف غير قليلة •

وعلى كل حال ، فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وتوقف اكتسابها على هذا الاعتراف ليس بالتدخل الغريب ولا القاصر على الأشخاص الاعتبـارية وحدها ، حتى يحتاج الأمر الى انكاره أو التجـــاوز عنه احتفاظا للشخصية الاعتبارية بصفتها الحقيقية • فالشخصية الطبيعية كذلك تستلزم مثل هذا الاعتراف وتتوقف عليه(٢) ، دون أن يماري أحد في صفتها الحقيقية•

---

(١) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 58, p. 130.

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 56.

كل ما في الأمر أن الاعتراف بها لم يعد يثير النظر أمام شمولها اليوم الناس كافة نتيجة ما انتهى اليه التطور من التسليم بما لكل فرد من قيمة اجتماعية تؤهله لحياة قانونية مستقلة يكون صاحبها وعلى رأسها ، خلافا لما كان عليه الحال في الشرائع القديمة حين كانت القيمة الاجتماعية قاصرة على الأحرار وحدهم دون الأرقاء · أما الشخصية الاعتبارية ، فاذا كان يلزمها اعتراف المشرع كالشخصية الطبيعية ، الا ان هذا الاعتراف يمثل أهمية خاصة وظاهرة بالنظر الى عدم تساوى الكائنات الجماعية من جماعات الافراد ومجموعات الأموال الموجودة في المجتمع في التوافر على القيمة الاجتماعية اللازمة لتشخيصها ، وهي نفس الأهمية التي كانت ثابتة للاعتراف بالشخصية الطبيعية في الشرائع القديمة كما أشرنا ·

فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية هو نفس تدخله اذن للاعتراف بالشخصية الطبيعية ، وان كانت سلطته في الاعتراف بالشخصية الأولى أوسع مدى ، نتيجة ما يقع عليه من واجب التيقن من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الجماعي بالتحقق من هدفه وقدره في ميزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته الى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه ، ونتيجة تكوين هذا الكائن وصدوره عن تصرفات الأفراد وارادتهم التي تخضع لحكم المشرع ورقابته للتأكد من سلامتها ومشروعيتها(١) ·

٣٢٣ ـ الاعتراف العام والاعتراف الخاص

اذا كان تدخل القانون أو المشرع لازما على هذا النحو للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وابتدائها ، فهو يتخذ احدى صورتين : صورة الاعتراف العام ، أو صورة الاعتراف الخاص ·

أما صورة **الاعتراف العام** ، فتتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطا عامة ، اذا توافرت في أي جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ، اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون ،

---

(١) في هذا المعنى :
Michoud, t. I, No. 57.

دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص من جانب المشرع بصـدد تكوين كـل جماعة أو مجموعـة منها على حـدة . وهذا الاعتراف اعتراف غـير مباشر ينشـأ عن تنظيم تشريعى سابق لنماذج معينـة من جمـاعات الأشخاص أو مجموعات الأموال ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « طريقـة التنظيم القانونى » (Système de la réglementation légale) (١) .

وأما صورة **الاعتراف الخاص** ، فتستلزم صدور ترخيص أو اذن خاص من المشرع بقيام الشخصية المعنوية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الاموال عند تكوين كل منها على حدة . وهذا الاعتراف ــ على خلاف الاعتراف العام ــ اعتراف مباشر وفردى ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « نظـام الاذن أو الترخيص » (Système de la l'autorisation) (٢) .

وظاهر أن طريق التنظيم القانونى أو الاعتراف العام أكثر سعة وسماحة من طريق الترخيص أو الاعتراف الخاص بجاه قيـام الأشخـاص المعنوية . ولئن كان الطريق الأخير فى أصله مناسبا للنزعة الفردية بالنظر الى تركيز اهتمامها فى الفرد وعدائها للجماعات التى تتوسط بـين الفرد والدولة ، ومستجيبا لنوازع الحذر التقليدى عند المشرع من قيام بعض أشخاص معنوية قوية قد تشكل خطرا على الدولة ، الا أن الحاجة اليه لم تنقطع اليوم على الأقل بوصفه طريقا استثنائيا أو احتياطيا الى جانب الطريق الأول . اذ يمـكن المشرع من مراعاة ما يلزم من بحث وتدقيق فى شأن بعض الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ذات الأهمية ، ومن مواجهة ما قد يجد فى المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال متشكلة فى غير الصـور التى يعرفهـا التنظيم القانونى الحاضر وتقضى الضرورة والمصلحة بالاعتراف لها كذلك بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية(٣) .

---

(١) Michoud, t. I, No. 58, p. 131. — Coulombel, Encyclopédie, t. III, No. 7, p. 780.

(٢) Coulombel, Ibid.

(٣) فى هذا المعنى :

وقد جعل القانون المصرى الاعتراف العام هو الأصل ، والاعتراف الخاص هو الاستثناء • فيكفي الاعتراف العام في شأن شخصية الدولة والمحافظات والمدن ، والقرى ، والأوقاف ، والشركات ، والجمعيات ، والمؤسسات الخاصة (م ٥٢/١ و ٣ و ٤ و ٥ مدنى) • وفيما عدا ذلك ، لا تثبت الشخصية الاعتبارية الا بمقتضى اعتراف خاص (م ٥٢د/٦ مدنى) •

٣٢٤ ــ مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة تكوينه

اذا كان اكتساب الشخصية الاعتبارية منوطا باعتراف القانون على النحو السابق • فيتحدد وقت ابتداء هذه الشخصية اذن بتمام تكوينها وفق التنظيم القانونى فى صورة الاعتراف العام ، أو بصدور الترخيص أو الاذن الخاص فى صورة الاعتراف الخاص ، ومعنى هذا أنه فى مرحلة تكوين الشخص الاعتبارى وقبل تمام هذا التكوين أو صدور هذا الاذن ، لا تثبت أى شخصية بعد فى نظر القانون •

ولكن مرحلة تكوين بعض الأشخاص الاعتبارية وتأسيسها ، وبخاصة الشركات المساهمة ، قد يستغرق وقتا طويلا يقوم فيه المكونون أو المؤسسون بأعمال وتصرفات يقتضيها التكوين أو التأسيس وبقصد تحقيقه ، مما يرتب حقوقا والتزامات يجب تحديد من تسند اليه من الأشخاص • ويتجه الفقه الحديث(١) ــ أمام خطورة اسناد هذه الحقوق والالتزامات الى المؤسسين ــ الى استباق تمام تكوين الشخص الاعتبارى ، والاعتراف له من قبل ذلك بنوع من الشخصية فى حدود غرض التكوين أو التأسيس وحده ، بحيث تسند

= المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٧٣ • ــ اسماعيل غانم ، ص ٢٢٨ •

(١) **Sébag, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1938. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 92. — Mazeaud, t. I, No. 608. — Marty et Reynaud, No. 1058.**

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٦٥ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣ •

اليه أثنـاء مرحلة التكوين - لا الى أشخاص المؤسسين - الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتأسيس .

وأيا كان الرأى فى تأصيل مثل هذا الفقه واسناده الى فكرة الإشتراط لمصلحة الغير أو الى فكرة الفضالة أو الى غيرها من الأسس ، فمن الثابت أن ثم تشابها بين مركز الشـخص الاعتبارى فى مرحلة التكـوين وبين مركز الشخص الطبيعى فى مرحلة الحمل ، مما يبرر الاعتراف للشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة بالشخصية كما يعترف القانون للجنين قبل ولادته بالشخصية، على أن يتوقف مصير اسناد الحقوق والالتزامات الى الشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة على تمام تكوينه تكوينا صحيحا من بعد كما يتوقف مصير الحقوق المسندة الى الجنين على تمام ولادته حيا(١). فاذا استحال من بعد تمام تكوين الشخص الاعتبارى ، اعتبرت شخصيته كأن لم تقم أبدا وكأن لم تثبت له بالتالى حقوق أو التزامات قط .

غير أن التشابه بين الشخص الاعتبارى فى مرحلة التكوين وبين الجنين فى مرحلة الحمل لا يعنى تطابقا تاما فى المركز(٢) . فيبدو أن مدى الشخصية الاعتبارية هنا أو أهلية وجوب الشخص الاعتبارى فى دور التكوين أوسع من أهلية وجوب الجنين ، فلا تقتصر فى الأصل مثلها على ما يتمحض لصالحه من حقوق ، بل تنصرف كذلك الى ما قد يضره من التزامات(٣) ما دامت فى حدود وبقصد التأسيس .

وعلي أي حال ، ففى نصوص القانون المصرى ما يسمح بالقول بامكان قيام شخصية للشخص الاعتباري في دور التكوين . اذ ينص القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ فى شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة علي أن تسري العقود والتصرفات التي أجراها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس فى حق الشركة بعد

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٥٢٦ .

(٢) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, No. 1088, p. 1274.

(٣) Marty et Raynaud, t. I, p. 1274, note "1".

تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة (م١٣)(١) . وكذلك كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الملغي ينص على أن « تنتقل الى شركة القطاع العام بمجرد شهرها في السجل التجاري آثار جميع التصرفات التي أجريت لحسابها قبل الشهر، كما تتحمل الشركة جميع المصاريف التى أنفقت في تأسيسها » (م ٣٦ / ٣) .

المطلب الثالث

مدى الشخصية الاعتبارية

٣٢٥ - أهلية وجوب الشخص الاعتبارى المحدودة

اذا كان من الواجب التفرقة - كما سبق البيان - بين الشخصية القانونية وبين أهلية الوجوب على أساس اعتبار الأولى صلاحية كائن لأن ينسب اليه الحق والالتزام بصفة عامة أى الصلاحية المجردة واعتبار الثانية هى مدى هذه الصلاحية من حيث قصورها او شمولها لكل الحقوق والالتزامات أى الصلاحية الواقعية(٢) ، فمن الواضح أن الشخص الاعتبارى له نفس ما للشخص الطبيعى من صلاحية مجردة لأنه صالح من حيث المبدأ مثله لأن يكون صاحب حق أو التزام فيتوافران اذن على ذات الشخصية . ولكنهما يختلفان بعد ذلك فى مدى هذه الصلاحية أى فى الصلاحية الواقعية من حيث نطاق وقدر ما يسند الى كل منهما من حقوق والتزامات بالنظر الى ما بينهما من اختلاف التكوين والغرض . فيتفاوتان اذن فيما لكل منهما من أهلية وجوب . وعلى هذا النحو ، اذا كان الشخص الاعتبارى - كالشخص الطبيعى - صاحبا للحقوق والالتزامات ، فهو ليس حتما صاحبا لنفس أو كل حقوق الشخص الطبيعى والتزاماته(٣) ، بل تضيق أهلية وجوبه

---

(١) أما مايبرمه المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس من عقود وتصرفات غير ضرورية لتأسيس الشركة ، فلا تسري في حق الشركة بعد التأسيس الا اذا تم اعتمادها من مجلس ادارة الشركة أو من جماعة الشركاء أو بقرار من الجمعية العامة للشركة (م ١٢ / ١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١).

(٢) راجع سابقا ، ص ٥١٨ و ٥١٩ .

(٣) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي ، فتقصر لزاما عن الإحاطة ببعض ما تتسع له أهلية وجوب الشخص الطبيعي من حقوق والتزامات .

واذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتباري أضيق نطاقا من أهلية وجوب الشخص الطبيعي بوجه عام ، فيراعى أنه اذا كان الأصل في شأن الاشخاص الطبيعية هو التساوى في أهلية الوجوب الا في حالات استثنائية نادرة ، فعلى خلاف ذلك يكون الاصل في شأن الاشخاص الاعتبارية هو الاختلاف والتفاوت في أهلية الوجوب . أى أنه لا توجد في الأصل أهلية وجوب واحدة للأشخاص الاعتبارية — كما هو الوضع بالنسبة للأشخاص الطبيعية — بل مجموعة من أهليات الوجوب المختلفة(١) ، ولذلك يقال ان المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعية غير قائمة بين الأشخاص الاعتبارية(٢). ومرجع ذلك الى تفاوت أغراض الأشخاص الاعتبارية تفاوتا كبيرا وتنوعها فيما بينها أنماطا مختلفة ، مما يفاوت بالتالى بينها فيما يسند اليها من حقوق والتزامات .

٣٢٦ — قيود أهلية وجوب الشخص الاعتبارى

قلنا ان أهلية وجوب الشخص الاعتبارى محدودة بالقياس الى أهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف في التكوين والغرض . ومعنى ذلك أنه ترد على أهلية وجوب الشخص الاعتبارى قيود معينة لا ترد على أهلية وجوب الشخص الطبيعى . وهذه القيود يمكن ردها الى نوعين رئيسيين : نوع أول يرجع الى طبيعة تكوين الشخص الاعتبارى واختلافه في ذلك عن الشخص الطبيعى ، اذ لا يتصور أن يسند الى الشخص المعنوى أو الاعتبارى ما يسند الى الشخص الطبيعى من حقوق والتزامات ملازمة لطبيعة الانسان ، ونوع ثان يفرضه مبدأ تخصص الشخص الاعتبارى — على خلاف الشخص الطبيعى — بغرض معين يتحدد به وحده

---

(١) قرب من ذلك :
Mazeaud, t. I, No. 395.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 78, pp. 88, 89.

ما يسند اليه من حقوق والتزامات • فنعرض لكل من النوعين من القيود فيما يلي :

١ - **الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان** : اذا كان الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية كالشخص الطبيعي ، فواضح أن الاختلاف بينهما في طبيعة التكوين يحتم تضييق أهلية وجوب الشخص الاعتباري عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي واستبعاد اسناد الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الى الشخص الاعتباري • وقد عبرت عن هذا القيد الطبيعي الذي يرد على أهلية وجوب الشخص الاعتباري المادة ١/٥٢ من التقنين المدني بقولها « الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية » •

ولذلك فمن المستحيل عقلا تطبيق النظم المؤسسة على طبيعة الانسان ، مثل تلك التي تفترض سنا أو جنسا أو قرابة(١) أو جسدا على الشخص الاعتباري • فيمتنع اذن أن يسند الى الشخص الاعتباري التزامات وحقوق الأسرة الناشئة عن الزواج ، مثل حق المعاشرة الجنسية بين الأزواج ، والسلطة الأبوية(٢) ، وحق النسب ، والطلاق والالتزام بالنفقة للأولاد أو الزوجة أو المطلقة • أو أن تسند اليه الواجبات والحقوق المتصلة بالكيان الجسدي للانسان ، مثل واجب الخدمة العسكرية أو حق السلامة الجسمية أو البدنية في رأي من يعده حقا ويدرجه تحت حقوق الشخصية • أو أن تسند اليه الحقوق المترتبة على الزوجية أو القرابة حتى ولو كانت حقوقا مالية ، مثل حق الارث(٣) •

---

(١) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 48, p. 763.

(٢) ومع ذلك ، فبعض الشرائع الحديثة _ كالقانون الفرنسي _ يتيح اثبات بعض حقوق السلطة الأبوية لأشخاص معنوية ، كمؤسسات المساعدة الاجتماعية • ولكن ظاهر ان ذلك ليس الا استثناء محضا مؤسسا على الافتراض وتقليد الحقوق المتفرعة عن رابطة الدم والنسب • أنظر :

Michoud, t. II, No. 214, p. 67.

(٣) ومن التجوز في التعبير اعتبار الدولة صاحبة الحق في ارث من لا وارث له (أنظر مع ذلك : عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ١٧٤) • ذلك أن أسباب الارث اسباب تفترض وجود انسان ، فلا يتصور توافرها لشخص معنوي كالدولة • فاستحقاق الدولة لتركة من =

ويذهب بعض الفقهاء الى انكار تمتع الشخص الاعتبارى بالحقوق السياسية ، وبخاصة حق الانتخاب والترشيح ، على أساس أنها من الحقوق الملازمة لصفة الانسان(١) • ولكن الواقع أنه ليس فى طبيعة الحقوق السياسية ما يفترض حتما نسبتها الى فرد انسانى و يجعلها من الحقوق الملازمة له والمقصورة عليه ، اذ هى تعبير عن المشاركة فى حكم الدولة ، وهذه المشاركة ـ كما تتصور من جانب الفرد ـ قد نتصور كذلك من جانب بعض الكائنات الجماعية المؤلفة بخاصة من جماعات من الأشخاص ، والشرائع المختلفة تتضمن أمثلة على ذلك(٢) •

وقد اختلف فى شأن الحق المعنوى للمؤلف على مصنفه ، هل يعتبر من الحقوق الملازمة لطبيعة الانسان فيستحيل بالتالى اسناده الى الشخص الاعتبارى(٣) أم لا يعتبر من هذه الحقوق فيتصور ثبوته للشخص الطبيعى وللشخص الاعتبارى على السواء • ونحن نرى أن الابتكار أو الخلق الذهنى ـ وهو معيار المؤلف وحقوقه المعنوية ـ ليس الا نتيجة وعى وتفكير عقلى ، وصدى انفعال وانطباع نفسى ، وهو ما لا يتصور صادرا الا عن الانسان وحده باعتباره الكائن المتوافر على عقل ونفس وقدرة على الاستخراج منهما والتعبير • فيكون من الافتراض وقسر الطبيعة اذن تصوير الشخص الاعتبارى بوصفه مؤلفا يتمتع بحقوق المؤلف المعنوية كالشخص الطبيعى(٤) ، وهو على

= لا وارث له . كما هو مقرر فى القانون المصرى ، لا يثبت لها اذن بمقتضى حق فى الارث ، وانما بمقتضى مالها من حق الولاية العامة على الاموال التى لا مالك لها (فى هذا المعنى : محمد سامى مدكور ، هامش «١» ، ص ١٦١) •

(١) جميل الشرقاوى ، ص ١٨٦ • ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٩ •

(٢) فمن ذلك أن الولايات هى التى تمثل فى مجلس الشيوخ الامريكى ، وأن الجامعات تمثل فى مجلس العموم البريطانى Michoud, t. II, Nos. 223, 224 وان بعض الدساتير تأخذ بتمثيل المهن والحرف فى المجالس التشريعية (أنظر : عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٢ وما بعدها) • وأن الدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ كان يجعل للاتحاد القومى حق الترشيح لعضوية مجلس الأمة (م ١٩٢/٢) •

(٣) أنظر بخاصة فى انكار وصف المؤلف على الشخص المعنوى :
Marty et Raynaud, t. I, No. 1058, p. 1280.
شمس الدين الوكيل ، ص ١١١ و ١١٢ •

(٤) Desbois, No. 163.

نقيضه يفتقد - بحسب تكوينه - أداة ومناط الابتكار والخلق الذهنى . ومع ذلك ، فقد اعترف المشرع المصرى صراحة للشخص الاعتبارى بوصف المؤلف وحقوقه على المصنفات الجماعية التى يوجه وينظم ابتكارها ويتكفل بنشرها تحت ادارته (م ٢٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤)(١) .

٢ - **مبدأ التخصص** : اذا كان الأصل أن الشخص الطبيعى صالح ليكون صاحبا للحقوق والالتزامات عامة دون تحديد ، فالشخص الاعتبارى - على خلاف ذلك - تتخصص صلاحيته لذلك دون تعميم ، فلا يصلح الا للحقوق والالتزامات المتعلقة بغرضه دون غيرها مما يجاوز هذا الغرض . ويرجع هذا الاختلاف الجوهرى ، الذى تضيق نتيجة له أهلية وجوب الشخص الاعتبارى عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى ضيقا كبيرا ، الى الاختلاف المحتوم فى الغرض بين الشخصين .

فالشخص الطبيعى لا ينحصر فى غرض بعينه ، لان قيمته الاجتماعية تأتيه من ذاته بصرف النظر عما يسلك من سبل نشاط أو يستهدف من أغراض مختلفة . ولذلك فالأصل أن كل الأغراض مباحة ومطروقة له دون حصر أو تحديد ما دامت لا تنافى حكم القانون(٢) . فلا تتخصص صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه اذن بغرض معين أو جملة معينة من الأغراض ، بل تتسع لتستوعب كل غرض مشروع أيا كان هو وما يتعلق به من حقوق والتزامات .

أما الشخص الاعتبارى ، فالأصل ارتهان وجوده وقيام شخصيته بهدف معين ، مما يحدد بالتالى اطار حياته القانونية المستقلة بحدود هذا الغرض ، فيحتم تخصصه به وانحصاره فيه بحيث لا يصلح مركزا الا لما يتعلق به

= وانظر كذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤٤ و ٩١٥ - ٩٦٧ .

(١) أنظر فى ذلك : سابقا ، ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، وكتابنا سالف الذكر ص ٦٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى :

Michoud, t. II, No. 248. — Capitant, No. 198, p. 245. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 36, p. 762.

وحده دون غيره من حقوق والتزامات(١) • ولذلك يخضع الشخص الاعتبارى ـ دون الشخص الطبيعى ـ لمبدأ التخصص بغرض معين **le principe de la spécialité** ، مما ينكمش بأهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى الطليقة المتسعة لمختلف ومتعدد الاغراض •

ومبدأ التخصص الذى يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتبارى على هذا النحو مبدأ مسلم ، أيا كان وجه النظر فى طبيعة الشخصية الاعتبارية• فأساس هذا المبدأ عند نظرية الافتراض ، ان الشخصية الاعتبارية ما دامت منحة من خلق المشرع وصنعه ، فيملك المشرع كــذلك الحد من مداها وقصر ما يتفرع عنهــا من أهلية وجوب على القــدر الضرورى من منحها وخلقها • ولــكن هــذا الأســـاس يتغير بطبيعة الحال فى منطق النظر الى الشخصية الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية ، اذ ما دامت هذه الحقيقة مرتبطة بالغرض الذى يستهدف الشخص الاعتبارى تحقيقه وبما يمثل هذا الغرض من قيمة اجتمــاعية ، فمقتضى ذلك وجوب انحصــار حياته القانونية فى نطــاق هذا الغرض وحده(٢) ، وتركز صلاحيته فيما يندرج تحت هذا الغرض من حقوق والتزامات وتلاشيها فيما يجاوزه منها(٣) • فمبدأ التخصص لا يناقض اذن ما للشخصية الاعتبارية من صفة حقيقية ، بل هو أسد منطقا وأفضل تأصيلا باستقراره على هــذه الحقيقة من اقامته على الصــفة الافتراضية المزعومــة للشخصية الاعتبارية • •

وقد أعلن المشرع المصرى مبدأ التخصص كمبدأ(٤) ، وطبقه تطبيقات .

---

(١) قارن : **Michoud, t. II, No. 243, pp. 153 - 155.**

(٢) قرب من ذلك :
Michoud, t. II, No. 244. — Saleilles, pp. 641 - 642.

(٣) ويفرع بعض الفقهاء على اختلاف أساس مبدأ التخصص تبعا للأخذ بنظرية الافتراض او بنظرية الحقيقة . أن هذا المبدأ فى ظل نظرية الافتراض لا يقبل التوسع فى تفسيره مثلمــا يقبله فى ظل نظرية الحقيقة •

انظر فى ذلك :
Saleilles, pp. 643, 644.

وكتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ، ص ٩١٩ •

(٤) اذ ينص على أن « للشخص الاعتبارى أهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه أو التى يقررها القانون » (م ٥٣/٢ ب مدنى) •

خاصة في صدد بعض الأشخاص الاعتبارية(١)

وإذا كانت الأشخاص الاعتبارية تخضع لمبدأ التخصص ، فيراعى أن تخصصها بغرض معين قد يكون تخصصا قانونيا (spécialité légale) ، وقد يكون تخصصا نظاميا (spécialité statutaire) • ويتحقق التخصص القانوني نتيجة انتماء الشخص الاعتباري الى نموذج معين دون غيره من نماذج الأشخاص الاعتبارية التي يحددها القانون(٢) ، كالشركة تتخصص باقتسام الربح ، والجمعية تتخصص بغرض غير الحصول على ربح مادى ، والمؤسسة الخاصة تتخصص بعمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام • ويتحقق التخصص النظامي عن طريق النص في نظام الشخص الاعتباري على موضوع أكثر تحديدا داخل نطاق الغرض الأصلي والتخصص القانوني(٣) ، كتخصص شركة بصناعة المنسوجات القطنية ، أو جمعية باحياء التراث الأدبي القديم ، أو مؤسسة برعاية اليتامى من الأطفال أو تشجيع الطلبة المتفوقين في فرع من فروع العلم والمعرفة ، أو عن طريق التصريح في نظام الشخص الاعتباري باستبعاد بعض الموضوعات الداخلة في نطاق الغرض الأصلي والتخصص القانوني(٤) •

واذا كان مبدأ التخصص يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتباري على هذا النحو ، فسنرى من بعد أثره كذلك في الحد من نطاق نشاطه •

---

(١) تنص المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ على أنه يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية « اذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لها طبقا لأغراضها » •

(٢) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III. Nos. 37, 38, p. 762. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1059, p. 1281.

(٣) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 41, p. 763.

(٤) Marty et Raynaud, t. I, No. 1059, pp. 1282.

المطلب الرابع

مميزات الشخصية الاعتبارية

٣٢٧ - تمهيد

اذا كان للشخص الاعتبارى من الشخصية ما للشخص الطبيعي رغم تفاوتهما فى مدى أهلية الوجوب على ما بينا ، فثم مميزات للشخص الاعتبارى مقابلة لميزات الشخص الطبيعي ، ولكن دون أن يعنى ذلك قيام تماثل وتطابق كامل بينهما فى مدلول هذه المميزات أو فى الضوابط والعناصر التى تتحدد بها ، اذ يبقى بينهما من الفروق فى طبيعة التكوين والغرض ما يفرق بينهما فى عناصر أو مدلول ما يتوافران عليه من نفس الميزات ٠

فنعرض فيما يلى لمميزات الشخصية الاعتبارية المقابلة لمميزات الشخصية الطبيعية من حالة واسم وموطن ٠ ونعرض كذلك لما يميز الشخصية الاعتبارية من توافرها على ذمة مالية خاصة بها مستقلة عن ذمم أعضائها أو منشئيها من الأشخاص الطبيعيين ٠

٣٢٨ - حالة الشخص الاعتبارى

اذا كان الشخص الطبيعي - كما رأينا - يتميز بحالة معينة تحدد أساسا مركزه من الدولة ومن الأسرة وأحيانا من الدين ، فواضح أن من أنواع هذه الحالة ما لا يتأتى نسبته الى الشخص الاعتبارى نظرا لاختلاف طبيعته وتكوينه عن طبيعة وتكوين الشخص الطبيعي ٠ اذ من البديهى أنه لا يتصور وجود حالة عائلية للشخص الاعتبارى ، فهى قاصرة بالطبيعة على الفرد الانسانى ، ولذلك أشرنا من قبل الى عدم تمتع الشخص الاعتبارى بما يتمتع به الشخص الطبيعي من حقوق الأسرة ٠ وأما الحالة الدينية ، وهى تقوم على فكرة الانتماء الى دين أو عقيدة دينية معينة ، فواضح أنها كذلك من خصائص الانسان وحده الذى تتوجه اليه الأديان فيرتبط بأحدها ارتباط ايمان[١] ٠

---

(١) واذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معين للدولة ، فليس معنى ذلك ان للدولة عقيدة دينية وحالة دينية كالأفراد تؤثر فى مدى ما تتمتع به من حقوق ، وانما القصد من =

. فتبقى بعد ذلك الحالة السياسية أو الجنسية ، وهذه يتصور توافرها للشخص المعنوى كالشخص الطبيعى ، ولكن مع اختلاف بينهما فى مدلولها وعناصرها .

٣٢٩ - جنسية الشخص الاعتبارى(١)

يذهب كثير من الفقهاء الى انكار تميز الشخص الاعتبارى بجنسية على غرار الشخص الطبيعى ، ولا يرون فى الجنسية المزعومة للشخص الاعتبارى الا صدى للمحاولات الفقهية غير الموفقه لاصطناع تشابه وتماثل تام بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى . ذلك أن الجنسية هى رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والافراد المكونين لها بحيث يتحدد بها عنصر الشعب فى الدولة ، وهو ما يجعلها عقلا قاصرة على أفراد الناس وحدهم اذ من غير المتصور النظر الى الأشخاص الاعتباريه بوصفها أعضاء فى دولة أو جزءا من شعب(٢) . وكذلك فان الجنسية انما تبنى على ما يقوم بين الأفراد ووطنهم من روابط عاطفية ونفسية مختلفة ، وليس لمثل هذه الروابط بداهة معنى أو

= ذلك مجرد اعلان بالاعتزاز بالدين الذى ينتمى اليه غالبية رعايا الدولة ، ولكن دون فرضه على من لا يدينون به من الرعايا والقاطنين ، فقد صارت حرية العقيدة الدينية اليوم فى طليعة الحريات الأساسية للفرد التى تلتزم كل دولة باحترامها وتوفيرها للأفراد جميعا دون تفرقة .

(١) راجع فى ذلك :

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 315 - 332. — Niboyet, Cours de droit international privé français, 2e éd., 1949, Nos. 255-272, 348-361; Traité de droit international privé français, t. I, 2e éd., Nos. 77-79, t. II, 2e éd., Nos. 750 et s. — Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949. Nos 192 et s. — Lerebours. — Pigeonnière, Précis de droit international privé, 6e éd. 1954, Nos. 172 et s.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى ، جـ ١ ، الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب) الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢١٢ - ٢٢٥ . - أحمد مسلم ، القانون الدولى الخاص ، جـ ١ ، الجنسية ومركز الأجانب ، ١٩٥٦ ، فقرات ٢٧٨-٢٩٨ و ٤١٢ - ٤١٦ . - محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ١٩٥٥ ، فقرات ١١١٧ - ٢٢٣ . - شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الأجانب فى مصر ١٩٥٨ ، فقرات ١٩٨ - ٢٠٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

Niboyet, Cours, No. 257, p. 233.

وجود بالنسبة الى الأشخاص الاعتبارية التى ليس لهـا جسم يتحمل بالآلام أو روح يتعلق بالمثل والآمال(١) ·

ولكن انكار الجنسية على الشخص الاعتبارى على هذا النحو ، انما يقوم على افتراض أن مميزات الشخص الطبيعى لا يمكن ثبوتها للشخص الاعتبارى الا على نفس العناصر وفى نفس الحدود ، وهو تماثل غير متصور التحقيق فى العمل · لأن الشخص الاعتبارى اذا كان يتوافر ـ كالشخص الطبيعى ـ على ذات الشخصية ، فلا يعنى ذلك أنه نسخة ثانية منه · بل ان بينهمـا من الاختلاف فى الطبيعة والتكوين ما يحتم الاختلاف بينهما فى مدلول وعناصر مميزاتهما المتقابلة ، دون أن يؤدى ذلك الى انكار هـذه المميزات على أحـد الشخصين دون الآخر · فليس معنى أن الجنسية تحـدد عنصر الشعب فى الدولة وتثبت للشخص الطبيعى وصف العضوية فيها ، أنها تنتج حتما نفس الأثر وتقوم على نفس العنـاصر بالنسبة الى الشخص الاعتبارى والا امتنع ثبوتهـــا له ، فالاختـلاف محتوم بين الجنســيتين مثل ما هـو محتوم بين الشخصين ·

والواقع أنه رغم الاختلاف القـائم بين جنسية الشخص الاعتبـارى وجنسية الشخص الطبيعى نتيجة ما بينهما من اختلاف فى الطبيعة والتكوين، فالفكرة واحدة فى الجنسيتين وهى وجود رابطة من التبعية بين الشخص وبين دولة معينة · ومثل هذه الرابطة قائمة فى شأن الشخص الاعتبارى ، ويسلم بقيامها وضرورتها منكرو « جنسية » الشخص الاعتبارى أنفسهم(٢) ، ممـا يجعل انكارهم مجرد انكار للتسمية لا للمضمون · اذ الشخص الاعتبـارى بوصفه شخصـا تتوافر له صلاحية وجوب الحقـوق والالتزامات كالشخص الطبيعى ، لا بد له مثله من الارتباط بدولة ما تحكم بقانونهـا نظامه وسيره وتحديد ما يتمتع به من حقوق داخلها(٣) وتبسط عليه حمايتهـا خـارج حدودها(٤) · وبذلك تكون للشخص الاعتبارى جنسية تؤكد تبعيته لدولة

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 88.

(٢) Niboyet, ibid.

(٣) اذ الأصل أن الوطنيين المرتبطين بالدولة برابطة التبعية يتمتعون بحقوق أكبر ممـا يتمتع به الأجانب غير المرتبطين بهـذه الرابطة ، فيكون من اللازم حينئذ التمييز بين الشخص الاعتبارى الوطنى والشخص الاعتبارى الأجنبى ·

(٤) Lerebours-Pigeonnière, op. cit., No. 172.

معينة ، سواء تبعيته القانونية فى شأن خضوع نظامه ونشاطه لقانون هذه الدولة ، أو تبعيته السياسية فى شأن تمتعه بحقوق الوطنيين داخل الدولة وشموله بحماية الدولة للوطنيين خارجها •

ويذهب جانب من الفقه فى هذا الشأن الى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية وتحديد معيار مستقل لكل منهما ، فيكون معيار الأولى هو مركز الادارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى وهو المعيار السائد فى كثير من الشرائع ، ومعيار الثانية هو السيطرة أو الرقابة الفعلية على الشخص الاعتبارى(١) •

ولكن هذه التفرقة توجد ازدواجا غير مرغوب فيه فى شأن معيار جنسية الشخص الاعتبارى الوطنية أو الأجنبية وتبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المهيمنين عليه من الأفراد أمام استقلال شخصيته عن شخصياتهم • وليس معنى ذلك رفض فكرة الرقابة وعدم اعمالها اطلاقا ، فقد كشفت ظروف الحروب الأخيرة عن فائدتها فى الكشف عن النشاط الأجنبى والمصالح الأجنبية المعادية المستترة وراء الطابع الوطنى لجنسية بعض الأشخاص الاعتبارية والشركات منها بخاصة ، مما يوجب ويبرر حرمانها من التمتع بحقوق الوطنيين فى مثل هذه الظروف العصيبة • وانما يكون الالتجاء الى فكرة الرقابة على سبيل الاستثناء للحد مما تتمتع به الأشخاص الاعتبارية الوطنية فى الأصل من حقوق ، حيث تقتضى ذلك ظروف استثنائية خاصة كالحرب ، أو قوانين خاصة تتطلب تدخل المشرع باعمال فكرة الرقابة وبيان حدودها(٢) •

---

(١) فى هذا المعنى :

Niboyet, Cours, Nos. 251 - 272; Traité, t. II, Nos. 789 et s.

عز الدين عبد الله ، فقرات ٢١٥ و ٢١٧ • – محمد كمال فهمى ، فقرات ٢١٨ – ٢٢٢ •

(٢) أنظر فى توحيد معيار جنسية الشخص الاعتبارى والاعتداد بعنصر الرقابة استثناء على هذا النحو :

Batiffol, op. cit., Nos. 197, 198. — Lerebours - Pigeonnière, op. cit., Nos. 174, 182, 194.

أحمد مسلم ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢١ و ٤١٥ و ٤١٦ • – شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ ، ص ٦٥٢ و ٦٥٣ •

ولذلك اذا اعتبر المركز الرئيسي الفعلي هو المعيار الأصلي لجنسية الشخص الاعتباري ، فمقتضى ذلك أن جنسية كل شخص اعتباري تتحدد بالدولة التي يوجد فيها مركزه هذا ، فيخضع لقانونها نظامه ويتمتع فيها بما يتمتع به الوطنيون من حقوق . وليس للرقابة الاجنبية عليه بخضوعه للسيطرة الفعلية لرعايا من الأجانب أي تأثير في الأصل على جنسيته الوطنية . ولكن اذا اقتضت ظروف استثنائية الاعتداد بمثل هذه الرقابة حماية للصالح الوطني العام ، فليس من شأن ذلك اسقاط جنسيته الوطنية الأصلية وانما مجرد الحد مما يتمتع به من حقوق .

ولا يوجد في القانون المصري نص عام يحكم جنسية الأشخاص الاعتبارية ، ولكن يمكن القول بأن الأصل فيه هو الأخذ بمعيار المركز الرئيسي الفعلي معيارا أصليا لهذه الجنسية(١) . والمركز الرئيسي قد يكون في الدولة التي أسس الشخص الاعتباري فيها ، وقد يكون في غيرها . ولكن المشرع المصري يحتم في شأن الشركات المساهمة التي تؤسس في مصر أن يكون مركزها الرئيسي في مصر كذلك (م ٤١ تجاري) .

غير أن المشرع المصري يعتد بفكرة الرقابة الأجنبية الاعتداد الصحيح ، لا لتحديد جنسية الشخص الاعتباري ، وانما لمجرد الحد من تمتعه ببعض حقوق الوطنيين رغم جنسيته المصرية الثابتة ، وذلك في ظروف استثنائية خاصة . فمن ذلك فرضه الحراسة أثناء الحرب العالمية الثانية والعدوان الثلاثي على مصر سنة ١٩٥٦ على أموال الشركات والجمعيات والمؤسسات المصرية الخاضعة لاشراف رعايا الأعداء أو الداخلة لهم فيها مصالح هامة(٢) .

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٢٦ و ٩٢٧ .

وقد طبق المشرع المصري هذا الأصل بتطلبه أن يكون مركز ادارة الجمعية والمؤسسة الخاصة في الجمهورية العربية المتحدة (م ٣ و م ٧٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤) .

(٢) أنظر في ذلك :

شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ - ٦٤٨ . - كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٢٧ و ٩٢٨ .

٣٣٠ - اسم الشخص الاعتبارى

اذا كان للشخص الطبيعي - كما رأينا - اسم معين ، فكذلك للشخص الاعتبارى اسم أو عنوان يتميز به ويكون العلامة الخارجية لشخصيته بما يتيح تعيينه ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص . ويشترط المشرع عادة ذكر الاسم أو العنوان عند انشاء الشخص الاعتبارى(١) .

والغالب - وبخاصة فى شأن أشخاص القانون الخاص الاعتبارية - تعبير الاسم عن الغرض الذى يستهدفه الشخص الاعتبارى كما فى الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة . ولكنه أحيانا - كما فى شأن شركات الأشخاص - قد يكون أساسا اسم فرد أو أكثر من أعضاء الشخص الاعتبارى، ولكن مضافا اليه ما ينفى النشاط الفردى ويشعر بوجود الشخص الاعتبارى واستقلاله عن شخصية أعضائه .

واذا كان اسم الشخص الاعتبارى اسما يمارس التجارة تحته،فيكتسب بذلك قيمة مالية تباعد فى الخصائص بينه وبين اسم الشخص الطبيعى اللصيق بالشخصية ، ولذلك يصبح - على خلافه - داخلا فى دائرة التعامل مما يجعل الحق فيه محلا للتصرف والاكتساب أو السقوط بالتقادم . ولكن لا يجوز التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له ، حماية للجمهور من اللبس والتضليل ، كما سبق البيان(٢) .

وواضح أن القانون يحمى اسم الشخص الاعتبارى كما يحمى اسم الشخص الطبيعى من كل انتحال أو منازعة فيه من قبل الغير ، فيخول الشخص الاعتبارى حق طلب وقف أى اعتداء على اسمه(٣) مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

---

(١) أنظر بخاصة : م ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .

(٢) أنظر سابقا ص ٥٥٣ - ٥٥٤ و ٥٥٨ .

(٣) والمطالبة بوقف الاعتداء على اسم الشخص المعنوى - كما هى الحال فى شأن اسم الشخص الطبيعى - لا تعلق على اثبات ضرر معين (فى هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، =

٣٣١ — موطن الشخص الاعتبارى

اذا كان الموطن يحدد للشخص مقرا قانونيا يعتد بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانونى ، فيراعى أن للشخص الاعتبارى موطنا خاصا به ومستقلا عن موطن منشئيه أو أعضائه · ويتحدد موطن الشخص الاعتبارى فى القانون المصرى بالمحل الذى يوجد فيه مركز ادارته الرئيسى (م ٥٣/٢ — د مدنى ، وم ٥٢/١ مرافعات جديد) · والمقصود بمركز الادارة الرئيسى للشخص الاعتبارى المركز الرئيسى لنشاطه القانونى والمالى والادارى ، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستغلال ، فكثيرا ما يوجد الاستغلال فى المكان المناسب له بعيدا عن مركز الادارة الرئيسى · ولكن يجب أن يكون هذا المركز مركزا حقيقيا لا وهميا للادارة(١) · واذا كان من الممكن تغييره ، فلا يعتد بهذا التغيير الا اذا كان تغييرا حقيقيا(٢) ·

واذا كان الشخص الاعتبارى لا يباشر نشاطه فى مكان واحد ، بأن كانت له فروع متعددة ومنتشرة فى أماكن متفرقة متباعدة ، فيعتبر المكان الذى يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطنا خاصا بالأعمال المتعلقة به · وهذا هو المقرر فى القانون المصرى(٣) · وعلى ذلك ، يجوز رفع الدعاوى المتعلقة بأعمال كل فرع الى المحكمة التى تقع فى دائرتها هذا الفرع (م ٥٢/٢ مرافعات جديد) ·

= فقرة ٩٩٤ · وقارن مع ذلك : شمس الدين الوكيل ، نظرية الحق ، ص ١١٦) — اذ الاعتداء على الاسم يتضمن فى ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته ، لأن لصاحب الاسم — ككل صاحب حق — مصلحة ولو معنوية فى الاستئثار وحده باسمه وبسلطانه عليه (أنظر سابقا ، ص ٤٥٧ و ٥٥١) ·

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 144, p. 184. — Mazeaud, t. I, No. 588.

(٢) مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٩ ، ص ٣١٠ ·

(٣) ويأخذ القانون المصرى بالاعتداد بهذا الموطن ، بنظرية « المحطات الرئيسية أو الفروع » التى ابتدعها القضاء الفرنسى (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣١) ·

وقد طبق المشرع المصرى نفس الفكرة فى شأن الشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، فقضى بأنه بالنسبة الى القانون الداخلى يعتبر موطنها أو مركز ادارتها هو المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية (م ٥٣/٢ — د مدنى) ·

٣٣٢ - ذمة الشخص الاعتبارى المستقلة

اذا كان للشخص الاعتبارى كيان مستقل عن كيان أعضائه أو منشئيه وشخصية مستقلة عن شخصياتهم ، فمقتضى ذلك أن له حقوقه والتزاماته الخاصة به التى لا تختلط بحقوقهم والتزاماتهم ، وأن له بالتالى ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل منهم (م ٥٣/٢ - أ مدنى) . وينبنى على ذلك بخاصة أن ديون الشخص الاعتبارى تكون مضمونة بحقوقه وحدها وأن هذه الحقوق لا تضمن ديون أعضائه أو منشئيه . فلا يجوز اذن لدائنى الشخص الاعتبارى التنفيذ بديونهم على الأموال الخاصة لأعضائه أو منشئيه ، ولا لدائنى الأعضاء أو المنشئين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتبارى.

ومع ذلك ، فثم أشخاص اعتباريه تكون ديونها مضمونة بأموالها وأموال أعضائها على السواء ، كالشركات المدنية ، وشركات التضامن والتوصية من الشركات التجارية ، التى يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة . ولكن لا يعنى ذلك اختلاط ذممهم بذمتها أو احلال شخصياتهم محل شخصيتها ، كما يرى البعض(١) . وانما هو يعنى - ولكل من الشركة والشركاء شخصيته المستقلة - أن الشركاء يعززون مركز الشركة المدين فيقدمون أموالهم الخاصة الى جوار أموال الشركة ضمانا اضافيا لدائنيها ، بحيث يقوى ضمان هؤلاء الدائنين بتعدد المسؤولين وتعدد الذمم الضامنة لحقوقهم(٢) . فالأمر اذن لا يعدو اعتبار

---

(١) انظر بخاصة :

Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, Nos. 721, 727. — Escarra (J. et E.) et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, t. I, 1950, No. 210.

شفيق شحاته ، فقرة ١٣١ . - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٢٠ . - عبد الحى حجازى ص ١٨٥ و ١٨٦ . - محمد سامى مدكور ، ص ١٤٦ . - مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧١ . وأنظر فى انتقاد ما يراه هؤلاء الفقهاء من اعتبار شخصية هذه الشركات ناقصة :

كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

محسن شفيق ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى ، ج ١ ، ط ٣ ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨٠ . - سليمان مرقس ، هامش «٣» ص ٣٥٨ و ٣٥٩ . - كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ و ٩٣٤ .

الشركاء ضامنين ديون الشركة ، وليس فى ضمان شخص ديون شخص آخر أو ضم مسؤوليته الى مسؤوليته عن وفائها ما ينتقص من شخصية المضمون وذمته المستقلة ٠

المطلب الخامس
نشاط الشخصية الاعتبارية

٣٣٣ - استحالة نشاط الشخص الاعتبارى بنفسه ، وضرورة نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين

اذا كان الشخص الاعتبارى يتوافر على الشخصية كالشخص الطبيعى بحيث تكون له مثله حقوق والتزامات ، فواضح بالنظر الى طبيعة تكوينه أنه - على خلافه ، لا يقدر على النشاط بنفسه ، بل محتوم عليه أن يباشر عنه هذا النشاط غيره من الأشخاص الطبيعيين ، فيقومون بتمثيله والعمل باسمه ولحسابه فى الحياة القانونية ٠

ويتولى القانون أو نظام الشخص الاعتبارى تحديد ممثليه من الأشخاص الطبيعيين وبيان اختصاصاتهم وكيفية نشاطهم لحسابه ٠ وقد يتولى النشاط عن الشخص الاعتبارى فرد منفرد ، كرئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ أو المدير بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ، أو المدير بالنسبة للجمعيات أو الشركات أو المؤسسات الخاصة ، أو المتولى أو الناظر بالنسبة للوقف ٠ وقد يتولى هذا النشاط هيئة أو هيئات معينة تتألف واقعيا من أفراد ، مثل المجالس التشريعية ومجالس المحافظات والمجالس البلدية والجمعيات العمومية ومجالس الادارة ٠

واذا كان للشخص الاعتبارى أشخاص طبيعيون ينشطون باسمه ولحسابه ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أنه شخص وهمى افتراضى ٠ فهنالك فارق بين وجود الشخصية وبين نشاطها ، والشخصية قد توجد لشخص لا يستطيع أن يباشر النشاط بنفسه ، كما هو شأن بعض الأشخاص الطبيعيين مثل الصغير أو المجنون ، دون أن يطعن ذلك فى وجود شخصيته أو فى حقيقتها ، فكذلك الحال فى شأن الشخص الاعتبارى ٠

٣٣٤ – مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتبارى الذى يباشرون عنه نشاطه(١)

اذا كان نشاط الشخص الاعتبارى لا يتأتى الا عن طريق أشخاص طبيعيين ، فينبغى تحديد مركز هؤلاء بالنسبة الى الشخص الاعتبارى وطبيعة العلاقة القائمة بينهما ، اذ على ضوء هذا التحديد يمكن تأصيل كثير من النتائج العملية المتعلقة بهذا النشاط أو المترتبة عليه .

ويصادفنا فى ذلك أولا التصوير التقليدى القائم على فكرة الوكالة (mandat) ، بحيث يكون الشخص الاعتبارى فى مركز الموكل وهؤلاء الأشخاص الطبيعيون فى مركز وكلائه . ولكن الوكالة تفترض وجود ارادتين : ارادة الموكل وارادة الوكيل ، واذا وجدت ارادة الوكيل هنا ، فارادة الموكل غير موجودة اذ ليست للشخص الاعتبارى نفسه ارادة(٢) .

ولذلك يتجه تصوير آخر الى فكرة النيابة القانونية représentation légale ، بحيث يوجد الأشخاص الطبيعيون الذين يتولون شئون الشخص الاعتبارى فى مركز مماثل لمركز الأولياء أو الأوصياء أو القوام على عديمى الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكن هذا التصوير بدوره غير مقبول(٣) . فاذا كان الشخص الاعتبارى فى نشاطه بواسطة غيره يشبه عديمى أهلية الأداء أو ناقصيها من الأشخاص الطبيعيين ، فليس معنى ذلك أن مركزهما واحد ومتماثل من كافة الوجوه . ذلك أن ما يفرض على الأشخاص الطبيعيين من تخلف أهلية الأداء أو نقصانها ومن تولية غيرهم شئونهم والنشاط باسمهم انما تمليه فكرة حمايتهم ، بينما وجود أجهزة أو هيئات من الأفراد

---

(١) راجع فى ذلك بخاصة :
Michoud, t. I, Nos. 59 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067.

(٢) Marty et Raynaud, ibid.
وقرب من ذلك :
Michoud, t. I, No. 59, p. 132.

(٣) أنظر كذلك فى انتقاد هذا التصوير :
Michoud, t. I, No. 59, p. 133. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 93 bis.

تعمل باسم الشخص الاعتبارى ولحسابه يفرض بقوة الأشياء نتيجة ما يلازم الشخص الاعتبارى من استحالة طبيعية لمباشرة النشاط بنفسه(١). ويستتبع هذا الاختلاف الطبيعى أن يكون نشاط الشخص الاعتبارى بواسطة غيره هو القاعدة الطبيعية الدائمة طوال حياته ، بينما لا يعتبر نشاط عديم الأهلية أو ناقصها من الأفراد بواسطة غيره الا مجرد استثناء بحت وموقوت .

وأخيرا يتجه جمهور كبير من الفقه الحديث(٢) الى تأييد نظرية راجت فى الفقه الالمانى فى هذا الصدد هى نظرية الجهاز أو الاداة Théorie de l'organe ، ومقتضاها أن الشخص الاعتبارى لا يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه فى الحياة القانونية ، بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزءا لا يتجزأ منه فلا كيان له بذاتها منفصلة عنه . فهى فى الواقع بمثابة جسمه القانونى يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعى عضوا من أعضاء جسمه كفمه أو يده(٣) . ولذلك يعتبر كل عمل أو نشاط تقوم به هو عمل أو نشاط الشخص الاعتبارى نفسه ، بحيث ينتج أثره فى حقه مباشرة على هذا الأساس أى بطريق الأصالة لا بطريق النيابة .

واذا كانت هذه النظرية تبدو أفضل من نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية من حيث اتساع نطاقها للأعمال المادية والتصرفات القانونية على السواء وأكثر توفيقا منهما فى تأصيل مسئولية الشخص الاعتبارى نفسه مسئولية شخصية ومباشرة ، فيعيبها رغم ذلك أنها ليست الا صدى للنظريات

(١) فى هذا المعنى :
Capitant, No. 194. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 968, p. 728.

(٢) انظر بخاصة :

Michoud, t. I, Nos. 60 - 64. — Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. II, 4e, éd. Nos. 1985, 1986. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 35, p. 762. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067, p. 1288.

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٧ . — عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٤٦٣ .

(٣) Michoud, t. I, No. 60, p. 134.

العضوية أو الحيوية(١) غير المقبولة التي تحاول التماس تطابق وتماثل تام في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ٠

وعندنا أن عيب هذه النظريات جميعا ينحصر في محاولات الاستناد الى نظريات متفقة مع طبيعة الفرد الانساني لتفسير نشاط الشخص الاعتباري ومركز القائمين به من الأفراد ، رغم الاختلاف المحتوم بين طبيعة وتكوين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ٠ ولذلك ينبغي النظر في هذا الشأن الى الشخص الاعتباري نظرة مستقلة متفقة مع طبيعة تكوينه . ومجردة عن محاولة اصطناع تطابق كامل بينه وبين الشخص الطبيعي ٠

واذا كان الشخص الاعتباري لا يتصور قيامه بنفسه بالنشاط الذي تتطلبه حياته القانونية على اختلاف صوره وأنواعه وكان ذلك منوطا بأشخاص طبيعيين يتولون عنه هذا النشاط ، فيجب الاعتراف بالحقيقة الواقعة من أن هؤلاء الأشخاص الطبيعيين - وليس الشخص الاعتباري نفسه - هم الذين يقومون بكل نشاطه ٠ وليس في ذلك - كما سبق البيان - ما يطعن في شخصية الشخص الاعتباري ، لأن ثبوت الشخصية لشخص معين لا يمنع من اسناد نشاطها الى شخص آخر ٠ ولذلك ليس ما يدعو اذن الى ما تدعيه بخاصة « نظرية الجهاز » من تلاشي هؤلاء الأشخاص الطبيعيين في الشخص الاعتباري كأجزاء لا تتجزأ منه ولا كيان لها بذاتها منفصلة عنه مثل أعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانساني ٠

ولكن اذا كان هؤلاء الأشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط لا الشخص الاعتباري ، فلا يعني ذلك أن آثار هذا النشاط تنصرف اليهم بل هي تنصرف اليه وحده ٠ وواضح أن انصرافها اليه ليس نتيجة أن النشاط نشاطه لا نشاطهم كما تدعي « نظرية الجهاز » ، فقد سبق أن رفضنا منطقها

---

(١) في هذا المعنى :

Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris, 1947, p. 202.

فى هذا الصدد . وكذلك اذا كانت فكرة النيابة القانونية بخاصة قد تبدو أقرب الأفكار لتفسير آثار هذا النشاط اليه ، فهى قاصرة رغم ذلك عن هذا التفسير أمام اختلاف وضع الشخص الاعتبارى عن وضع الأفراد عديمى الأهلية أو ناقصيها ، وعدم اتساع هذه الفكرة بحسب الأصل الا للتصرفات القانونية دون الأعمال المادية . ولذلك ينبغى بناء نظرية خاصة مستقلة تقابل نظرية النيابة القانونية ، يعتد فيها بطبيعة الشخص الاعتبارى المختلفة عن طبيعة الفرد الانسانى وباتساع ميدان نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعى . فطبيعة الشخص الاعتبارى تجعل مستحيلا نشاطه بنفسه سواء كان هذا النشاط فى صورة أعمال مادية أو فى صورة تصرفات قانونية . وبذلك يصبح محتوما وطبيعيا قيام أشخاص طبيعيين بتمثيل الشخص الاعتبارى وتولى نشاطه المادى والقانونى على السواء . وتوليهم هذا النشاط انما يكون لحساب الشخص الذى يمثلونه لا لحسابهم الخاص ولذلك يكون طبيعيا أن تنصرف كل آثار هذا النشاط وما يولده من حقوق والتزامات اليه لا اليهم .

ففكرة التمثيل اذن فى شأن الشخص الاعتبارى تقابل فكرة النيابة القانونية فى شأن الشخص الطبيعى ، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين الى الشخص الاعتبارى ، كما تفسر الأخرى انصراف آثار نشاط الأولياء أو الأوصياء أو القوام الى عديمى الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكنها مع ذلك تبقى متميزة عنها تميزا ظاهرا . اذ هى مفروضة بقوة الأشياء وبحكم طبيعة الشخص الاعتبارى كأصل دائم تدوم ما دامت الشخصية الاعتبارية ، وليست كالنيابة القانونية علاجا لنقص موقوت أو عارض طارىء . وهى تستوعب بالتالى حتما كل ما يحتاجه الشخص الاعتبارى من نشاط أيا كانت صورته من الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، على خلاف النيابة القانونية التى تقتصر على بعض نواحى النشاط دون بعض وتتركز أصلا فى التصرفات القانونية وحدها .

وبذلك يتحدد مركز الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون النشاط عن الشخص الاعتبارى بكونهم ممثليه الطبيعيين اللازمين له على الدوام فى كل

بما يحتاجه من نشاط ، بحيث ينشطون هم دونه - لا بوصفهم أجزاء لا تتجزأ منه كما تدعي نظرية الجهاز - وانما بوصفهم اشخاصا ذوي شخصية وكيان ، وان كانوا لا يباشرون هذا النشاط باسمهم ولحسابهم الخاص ولكن باسمه ولحسابه هو بما يستتبع انصراف آثار هذا النشاط اليه وحده ٠

٣٣٥ - أهلية الأداء والشخص الاعتباري

ينبغي أخذ أهلية الأداء في شأن الشخص الاعتباري بمعنى يتفق مع طبيعته دون تقيد حرفي بمعناها في شأن الشخص الطبيعي ، ما دام الاختلاف محتوما بين طبيعتيهما(١) ٠ اذ أنه اذا كان مفهوما في شأن الشخص الطبيعي اناطة أهلية الأداء بتوافر كمال التمييز والارادة عند من يباشر التصرف القانوني لحساب نفسه لتفاوت الأشخاص الطبيعيين في انعدام أو نقص أو اكتمال التمييز والارادة ، فليس ذلك مفهوما في شأن الشخص الاعتباري الذي لا يتوافر على ارادة بحكم طبيعته نفسه ٠ ولذلك يجب أن تحمل أهلية الأداء في شأن الشخص الاعتباري على المعنى المتفق مع طبيعته هذه ، فيكون المقصد منها هو تحديد مجال النشاط الارادي المعترف به للشخص الاعتباري لتحقيق أغراضه ، دون تطلب الارادة عنده هو لأنه بحكم طبيعته لا تتصور له ارادة . اكتفاء بوجود ارادة مسخرة لخدمته هي ارادة ممثليه ٠ ولذلك اذا أمكن القول بثبوت أهلية أداء للشخص الاعتباري فيجب حمل ذلك على هذا المعنى ، لا على معنى توافر الشخص الاعتباري نفسه على الارادة ٠ ولذلك نص المشرع المصري على أن يكون للشخص الاعتباري« نائب يعبر عن ارادته » (م ٣/٥٣ مدني) نص منتقد(٢) ٠

---

(١) قرب من ذلك :
عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٨٠ ٠

(٢) أنظر في ذلك :
شمس الدين الوكيل ، ص ١١٤ ٠ - اسماعيل غانم ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ٢٣٣ ٠ - كتابنا سالف الذكر ، ص ٤٠ و ٩٤١ ٠
ولكن قارن : عبد الحي حجازي ، ص ١٧٥ ٠

٣٣٦ - مسئولية الشخص الاعتبارى

اذا كان ممثلو الشخص الاعتبارى من الاشخاص الطبيعيين يقومون بالنشاط لحسابه ، فيجب التساؤل عن مدي مسئوليته هو عن هذا النشاط ، سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية .

١ - المسئولية المدنية(١) : رغم أن مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى مدنيا عن أفعال ممثليه أو أجهزته مبدأ مسلم مستقر ، بالنظر بخاصة الى أن أثر هـذه المسئولية مما يصلح انصرافه الى الشخص الاعتبارى لأنه يقـع أسـاسا فى ماله ، فان تأسيس هـذا المبدأ وتأصيله محل خلاف فقهى كبير(٢) .

والواقع أن البصر بطبيعة الشخص الاعتبـارى وكونه مستحيلا عليه مباشرة أى نشاط بنفسه بل بواسطة غيره من الأشـخاص الطبيعيين ، وما يولده ذلك من الحاجة فى تحديد مركز هؤلاء الأشخاص قبله الى ما فضـلناه من فكرة موافقة لهذه الطبيعة هى فكرة التمثيل ، التى تستوعب فى اتساعها كل ما يحتاجه الشخص الاعتبارى من نشاط سواء عن طريق الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، وتصرف أثر هذه الأعمال والتصرفات جميعـا الى الشخص الاعتبارى رغم صدورها عن ممثليه ، يجعل فى الامكـان الاستنـاد الى هذه الفكرة لتحميل الشخص الاعتبارى بالمسئولية المدنية عن الأخطـاء التى يرتكبـها ممثلوه(٣) . ذلك أن هذه الأخطاء ، رغم عدم صـدورها عن الشخص الاعتبارى مباشرة لاستحالة قيامه بنفسـه بأى نشـاط ، ورغم

---

(١) راجع فى ذلك بخاصة :

Saleilles, pp. 332-339. — Michoud, t. II, Nos. 266 - 278. — Planiol Ripert et Esmein, t. VI, No. 501. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. II, Nos. 1962 - 1988. — Starck, thèse précitée, pp. 250 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1087; pp. 1288, 1289.

(٢) راجع فى الاختلاف على هذا التأسيس بين فكرة خطأ الشخص الاعتبارى نفسه أو فكرة تحمله تبعة المخاطر أو فكرة الضمان : كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٤٩ ص ٩٤٣ - ٩٤٦ .

(٣) قارب : **Ripert et Boulanger, op. cit., t. III, No. 973.**

صدورها فعلا عن ممثليه من الأفراد ، يجب أن تنصرف آثارهـا اليه وحـده ولا تنصرف اليهم ، ما داموا قد ارتكبـوا هذه الأخطـاء بسبب أو بمناسبة النشاط لحساب الشخص الاعتبارى وفى حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له فى هذا النشاط(١) .

٢ - المسئولية الجنائية(٢) : ترفض أكثر الشرائع الحديثة قبول مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا عن أعمال ممثليه . ويؤيد جمهور الفقه ذلك على أساس أن شرط المساءلة الجنائية هو توافر الارادة عنـد المسئول ولا ارادة للشخص الاعتبارى ، وأن فى تقرير مسئولية الشخص الاعتبـارى جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم خرقا لمبدأ مسلم هو مبدأ شخصيـة العقاب ، فضلا عن استحالة توقيع أغلب العقوبات الجنـائية - كالعقوبات الجسمانية أو البدنية - على الشخص الاعتبارى .

ويبدو لنا أن هـذه الاعتراضـات لا تنصب على مسئوليـة الشخص الاعتبارى جنائيا من حيث المبدأ بقدر ما تنصب على مدى مناسبة تطبيق نفس قواعد المسئولية الجنائية الخاصة بالأفراد أصـلا على الأشخاص الاعتبارية . والواقع أنه ما دام مسلما مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى مدنيا عن أفعال ممثليه رغم انعدام ارادته ، فليس ما يمنع منطقا من تصور مسئوليته جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشـاطه . وفى نفس فـكرة تمثيل الشخص الاعتبارى فى النشـاط الارادى والمـادى معا .

---

(١) أما ما يجاوز حدود هذا النشاط والتمثيل من الأخطاء . فلا ينصرف أثره الى الشخص الاعتبارى ، بل الى ذات مرتكبيـه من أفراد ممثليه . فيتحملون وحدهم حينئذ بالمسئولية عن أخطائهم الشخصية ، دون أن يتحملها الشخص الاعتبارى (أنظر كتابنا سالف الذكر . هامش ٢ ، ص ٩٤٧) .

(٢) راجع فى ذلك بخاصة :

Saleilles, pp. 654 et s. — Michoud, t. II, Nos. 279 - 287. — De Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e. éd. 1947.

السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة . ١٩٥٧ ، ص ٣٤٧ - ٣٥٣ . - محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العـام ، الطبعة الثانية ١٩٥٤ . فقرة ٣٣٥ .

بما يسمح باسناد مسئوليته الجنائية كمسئوليته المدنيــة علي السواء(١) ٠ أما العقوبات التي يتحمل بها الشخص الاعتباري نتيجة مسئوليته الجنائية ، فلا بد وأن تتفق مع طبيعته ، سواء كانت مشتركة بينــه وبــين الشخص الطبيعي أو مقصورة عليه وحده ، كعقوبة الغرامة والمصــادرة والوقف والحل والاغــلاق ٠

٣٣٧ - مبدا التخصص واثره في تقييد نشاط الشخص الاعتباري

اذا كان مبدأ التخصص - كما رأينا - يحــد من مدى أهليــة وجوب الشخص الاعتباري فيحصر صلاحيته كصاحب للحقوق والالتزامات في نطاق الغرض المحدد الذي يستهدفه ويستمد منه قيمته الاجتماعية ، فكذلك يحــد هذا المبدأ من نشاط الشخص الاعتباري - الذي يتولاه عنه ممثلوه - فيركز نشاطه في هذا الغرض وحده ويحرم عليه كل نشاط لغيره من الأغراض(٢) ٠

ومقتضى اعمال مبدأ التخصص ضرورة التزام كل شخص اعتبــاري في نشاطه حدود التخصص القانوني والنظامي ، أي حدود غرضه العــام المحدد بالقانون وفق الطائفة التي ينتمي اليها وحدود غرضه الخــاص المحدد بنظامه داخل غرضه العام(٣) ٠ فلا يجوز لجمعية القيام بأعمال تجارية ، أو الدخول في مضاربات مالية(٤) ، ولا لجمعية علمية أو دينية القيام بنشاط سياسي ، ولا يجوز لشركة الاشتغال بالسياسة ، ولا لشركة تتخصص في انتــاج أفلام سينمائية توجيه نشاطها كذلك الى بناء عمارات استغلالية أو الى استخراج البترول أو المواد المعدنية ٠

ولكن اذا تجمعت حول الغرض الأصلي الأســـاسي للشخص الاعتباري

---

(١) قارن :
Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 35, 44, pp. 762, 763.

(٢) انظر بخاصة : م ١٩ و ٢٠ و ٢/٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ٠

(٣) أنظر في جزاءات خروج الشخص الاعتباري في نشاطه على مبدأ التخصص : كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٥٢ و ٩٥٣ ٠

(٤) م ٢٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ سالف الذكر ٠

أغراض أخرى ثانوية لا تتعارض معه ، بل تكـون من مستلزماته أو بعض آثاره أو مكملاته(١) ، فلا حرج على الشخص الاعتباري من النشاط كذلك في حدودها دون أن يحمل ذلك معنى الخروج على مبدأ تخصصه بغرضه الاصلي ، كالشركة الصناعية التي تنشيء مصحا لعلاج عمالها وموظفيها وعائلاتهم أو مدرسة لتعليم أولادهم ، وكالجمعيـة الخـيرية التي تطرح أوراقا للنصيب لزيادة مواردها ، اذ هذه الأغراض الثانوية متفرعة من الغرض الأصلي أو موجهة لخدمته •

المطلب السادس

انقضاء الشخصية الاعتبارية(٢)

٢٣٨ ـ أسباب الانقضاء

اذا كان الشخص الاعتباري أطول حياة عادة من الشخص الطبيعي وكان ذلك بعض أسباب وجوده وقيمته وامتيازه ، الا أنه ليس معنى ذلك أنه مخلد لا يدركه الفناء ، بل هناك من الأسباب الكثيرة ـ المتفقة وطبيعته ـ ما يقضي عليه وينهي شخصيته •

فهو ينقضي انقضاء طبيعيا بانتهاء الأجل المحدد له اذا وجد مثل هـذا التحديد ، أو باستنفاد الغرض الذي وجد من أجله بتحققه كاملا أو باستحالة هذا التحقيق ، أو بموت كل الأفراد من أعضـائه اذا كان جمـاعة من الأشخاص(٣) ، أو انقراض كل المنتفعين بغرضه اذا كان مجموعة من المال ،

---

(١) في هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، ص ٢٣٠ •
(٢) راجع في ذلك بخاصة :
Michoud, t. II, Nos. 388 - 395. — Capitant, Nos. 176 - 183. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1054.

(٣) ومع ذلك ، فقد يترتب على موت عضو واحد انقضاء الشخص الاعتباري ، وذلك حيث يغلب الاعتبار الشخصي في تكوينه كشركة التضامن • ولكن خروجا على ذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك أو فيما بين الباقين من الشركاء وحدهم (م ٥٢٨ مدني - وأنظر مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٣٥٤ ـ ٣٥٦ و ٣٥٨ ـ ٣٦٤) •

أو بتضاؤل أعضائه في جماعات الاشـــخاص الى عضو واحد(١) ، أو الى عدد من الأعضاء أقل من الحد الأدنى الواجب توافره(٢) ٠

وكذلك ينقضي الشخص الاعتباري انقضاء اختياريا ، اذا كان جمـــاعة من الاشخاص ، اما بالاجماع من كافة أعضائه على حله ، واما بالأغلبية المحددة في القانون أو النظام والتي تملك بمقتضى أيهما سلطة الحل ٠

ويكون الانقضاء اجباريا بعمل من الدولة ، سواء من السلطة التشريعية بالغاء طائفة بعينها من طوائف الشخص الاعتباري بصفة عامة(٣) ، أو بالغـاء شخص اعتباري معين اكتسب الوجود والشخصية عن طريق هذه السلطة ٠ أو من السلطة التنفيذية أو الادارية(٤) بسحب الترخيص الســـابق اعطاؤه منها لقيام أحد الأشخاص الاعتبارية ، أو في غير ذلك من الأحـوال اذا وجد من الأسباب ما يبرر الحل(٥) ٠ أو من السلطـة القضائية بحكم يصـــدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتباري معين لمخالفة نظامه أو القانون أو النظام العام والآداب ، أو لوجود مسوغ خطير يبرر ذلك(٦) ٠

٣٣٩ ـ ذيول الانقضاء

اذا انقضى الشخص الاعتباري بأحد الأسبـاب المتقـــدمة ، فمعنى ذلك

---

(١) ولكن استثناء من ذلك . لا تنقضي شخصية الشركة بالتأميم ورغم أيلولة كل أسهمها الى شخص واحد هو الدولة اذا أبقى على شكلها كشركة (أنظر : مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ، ج ١ ، ١٩٦٦ ، فقرات ٢٥٢ و ٤٨١) ٠

(٢) لايجوز في القانون المصري أن يقل عدد الشركاء في شركات المساهمة عن ثلاثة (م٨ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة) ، ولا أن يقل عدد أعضاء الجمعيات عموما عن عشرة (م ٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤).

(٣) كالغاء الأوقاف الأهلية في القانون المصري ، بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ٠

(٤) لكن اعطاء السلطة الادارية حق حل أو انهاء الشخص المعنوي لم يعد يقصد به اعطاؤها سلطة تقديرية تحكمية كما كان مفهوم نظرية الافتراض ، بل سلطة مقيدة بأسباب محددة مقدما تبرر الحل ٠

(٥) أنظر بخاصة : م ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ٠

(٦) أنظر بخاصة : م ٥٣٠ مدني في شأن حل الشركات ٠

انتهاء شخصيته وصلاحيته كمركز وصاحب للحقوق والالتزامات • ويثير ذلك مشكلة تحديد مصير حقوقه والتزاماته والى من تؤول من بعده •

ولكن ليست كل حقوق الشخص الاعتبارى والتزاماته بالتى تثورمشكلة تحديد مصيرها عند انقضائه • اذ منها ما ينقضي ويتلاشى بانقضاء هذا الشخص ، كالحقوق غير المالية مثل الحق التأديبى للشخص الاعتبارى على أعضائه(١) وحق السيادة الثابت للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون العام(٢) ، بل وكبعض الحقوق المالية ذات الطابع الشخصى مثل حق الانتفاع(٣) الذى ينقضى حتما — من قبل حلول أجله — بانقضاء الشخص الاعتبارى ولا ينتقل عنه الى غيره •

وأما باقى حقوق الشخص الاعتبارى المالية والتزاماته المالية ، فهى التى تثور مشكلة تحديد مصيرها • وفى ذلك ينبغى التفرقة بين ما اذا كان مقصودا بانقضاء الشخص الاعتبارى حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محله ، أو كان انقضاؤه انقضاء كاملا لا يعقبه مثل هذا الحلول •

ففى الحالة الأولى ، سواء كان انقضاء الشخص الاعتبارى بقصد تجزئته الى جملة أشخاص اعتبارية كتقسيم دولة أو جمعية الى دولتين أو جمعيتين أو أكثر ، أو كان بقصد ادماجه فى شخص اعتبارى آخر أو ضمه اليه كاندماج دولة أو شركة فى دولة أو شركة أخرى أو ضمها اليها ، نجد أن الغالب أن الأشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة أو الشخص المندمج فيه يخلف الشخص الاعتبارى المتجزىء أو المندمج على حقوقه والتزاماته المالية(٤) ، ويكون ذلك بمثابة حوالة لهذه الحقوق والالتزامات(٥) أى لذمة

---

(١) Michoud, t. II, No. 395.

(٢) Michoud, No. 396.

(٣) Michoud, No. 394.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ٥٥٠ •

(٤) Micoud, t. II, No. 363.

نقض ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام النقض (المدنية) ، س ٦ ، ع ٢ ، رقم ١٠١ ، ص ٧٦٣ •

(٥) مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٦٣٤ •

الشخص الاعتبارى المنقضى .

وفى الحالة الثانية ، حيث يكون الانقضاء كاملا لا يعقبه حلول شخص أو أشخاص اعتبارية اخرى محل الشخص الاعتبارى المنقضى ، ينبغى تصفية ذمة هذا الشخص بوفـــاء ديونه من حقوقه . وحاجات التصفية وضروراتها تقتضى الابقاء على الشخصية الاعتبارية رغم توافر سبب انقضـــائها . ولكن امتداد هــذه الشخصية ، باعتبــاره خروجا على الأصــل ، ينبغى أن يكــون محصورا فى نطاق التصفية واجراءاتها فحسب فلا ينصرف الى غــير ذلك من الاغراض . ومبدأ استمرار الشخصية الاعتبارية قائمة طوال فترة التصفيــة وبالقدر اللازم لاتمامها ، هو ما يستقر عليـــه القضاء الفرنسى(١) ، ويصرح به فى شـــأن الشركات المشرع المصرى (م ٥٣٣ مدنى)(٢) ، وما ينبغى عن طريق القيـــاس تعميمه - عند عدم وجود نص يقضى بالعكس - على غــير الشركات من الاشـــخاص الاعتبـــارية الأخرى(٣) حيث يحتـــاج الأمر الى التصفية .

فاذا تمت تصفية ذمة الشخص الاعتبارى المنقضى وتبقت حقــوق بعــد وفاء كافة الديون ، فيثور التساؤل عن مصير هذه الحقوق . وفى الاجابة عــلى ذلك ، يجب عدم مسايرة نظرية الافتراض فيما كانت تذهب اليه من أيلولة هذه الحقوق الى الدولة باعتبارها أموالا سائبة لا صاحب لها(٤) ، وانما تؤول هذه الحقوق أو توزع طبقا للقانون أو لنظام الشخص الاعتبــارى . والمستقر فى هذا الشأن التفرقة فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبـــارية الخاصـــة بـين

---

(١) Marty et Raynaud, t. I, No. 1054, p. 1276.

(٢) راجع فى ذلك :

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٢٦ و ٦٣٠ .

(٣) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid

(٤) أنظر فى الاشارة الى مذهب نظرية الافتراض فى هذا الصدد وفى رفضه :

Michoud, t. II. Nos. 357, 361. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 95.

ومع ذلك ، فقد تؤول حقوق الشخص الاعتبارى الى الدولة اذا فرض المشرع حله معررا ذلك-

ما يستهدف منها الربح وبين ما لا يستهدفه . فما يستهدف منهـا الربح كالشركات ، يخضع لمبدأ توزيع المتبقي من الحقوق بعد التصفية على الأعضاء أو الشركاء (م ٥٣٦ مدني) . وما لا يستهدف منهـا الربح ، كالجمعيات والمؤسسات الخاصة ، لا يعود المتبقي من حقوقها الى الأعضاء أو المنشئين أو ورثتهم فى الأصل[١] ، وانما يؤول عادة ــ وفقا لنظامها أو لقرار الحل أو للقانون ــ الى شخص اعتبارى آخر[٢] .

---

(١) ومع ذلك ، فقد ينص المشرع استثناء على عودة أموال الشخص الاعتبارى الى منشئه أو المنتفعين به . ومن هذا القبيل ما يقرره القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات فى مصر من عودة أموال الوقف عند انتهائه الى الواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع فيه ، فان لم يكن ، آلت الى المستحقين الحاليين ، أو اليهم والى ذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم اذا كان الوقف مرتب الطبقات (م ٣) .

(٢) أنظر بخاصة : م ١/٥ و ٢ ، و م ٦٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة سالف الذكر .

المبحث الثـــانى

انواع الشخص الاعتبارى

٣٤٠ - تقسيم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة(١)

من المستقر اعتبار التقسيم الأساسى للأشخاص الاعتبارية هو تقسيمها الى أشخاص عامة والى أشخاص خاصة تبعا لتقسيم القانون الى عام وخاص ، اذ تخضع الأولى لأحكام القانون العام والثانية لأحكام القانون الخـاص ، ممـا يعطى لتقسيم الأشخاص الاعتبارية على هذا النحو نفس الأهمية البالغة التى رأيناها لتقسيم القانون الى عام وخاص ٠

والتفرقة بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص الاعتبارية قد أصبحت اليوم دقيقة الى حد بعيد ، نتيجة تدخل الدولة المتزايد فى ميادين كانت متروكة الى قريب للنشاط الخاص وحده مما خلـــق الى جـوار المرافق والمؤسسات العامة الادارية البحتة مرافق ومؤسسات أخرى اقتصادية ومهنية وأثار مشكلة تكييفها ، ونتيجة رقابة الدولة المتزايدة على أشخاص القـانون الخاص مما يكاد يوقع فى الخلط بينها وبين أشخاص القانون العام ٠

والمعايير التى يقول بها الفقه للتفرقة بين الأشخاص الاعتبـارية العـامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة معايير كثيرة متعددة(٢) ٠ ويبدو أن الوقـوف عند واحد منها فحسب ، ليس بالحاسم فى أمر تبين حدود هـــذه التفرقة فى

---

(١) انظر فى ذلك :
Michoud, t. I, Nos. 75, 82 - 96. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 74, 74 bis. — Mazeaud, t. I, No. 608.

(٢) انظر فى الاشارة الى هذه المعايير وفى مناقشتها :
Michoud, t. I, Nos. 86, 87.
مصطفى ابو زيد فهمى ، الوجيز فى القـانون الادارى ، ج ١ ، نظرية المرافق العامة ، ١٩٥٧ ، فقرات ٢٥٤ - ٢٥٩ ، ص ١٩٧ - ٢٠١ ٠ - محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى المصرى والمقارن ، ج ١ ، السلطة الادارية ، ١٩٥٨ ، ص ٤٥٦ - ٤٥٩ ٠

قطع ويقين · لذلك قد يكون من الواجب النظر الى جملة القـواعد القانونية التى تحكم الشخص الاعتبارى فى مجموعها ، والاعتداد فى شأنه بجملة معايير أو علامات تكشف معا عن توافر صفته العـامة أو تخلفها(١) : كتمتعـه أو عـدم تمتعه ازاء أعضائه وازاء الغير بامتيازات السلطة العـامة ، وأصله ومنشأه ، وتمتع الادارة بالسيطرة عليه والكلمة النهائية فى شأنه أو اكتفائها بمجرد الاشراف عليه ورقابته الرقابة العادية ·

وعلى أى حال ، فقد عنى المشرع المصرى ـ وهو بسبيل بيـان أنواع الأشخاص الاعتبـارية وكيفيـة اكتسابها الشخصية ـ بتحـديد طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على السواء ولكن دون عنـاية بوضـع معيار للتفرقة بينها ، فنص فى المـادة ٥٢ من التقنين المدنى على أن الأشخاص الاعتبارية هى :

١ ـ الدولة ، وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية ·

٢ ـ الهيئات والطـوائف الدينيـة التى تعترف لها الدولة بشخصـية اعتبارية ·

٣ ـ الأوقـاف ·

٤ ـ الشركات التجارية والمدنية ·

٥ ـ الجمعيـات والمؤسسات المنشـأة وفقا للأحكـام التى ستأتى فيما بعد ·

٦ ـ كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصيةالاعتبارية بمقتضى نص القانون » ·

فنعرض فيما يلى للأشخاص الاعتبارية العامة ، ثم للأشخاص الاعتبارية الخاصة ·

---

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, t. I, No. 86, pp. 243 - 248.

المطلب الأول

الأشخاص الاعتبارية العامة

٣٤١ - طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة الى نوعين رئيسيين : أشخاص اقليمية من ناحية ، ومنشآت أو هيئات أو مؤسسات عامة من ناحية ثانية ·

(١) الأشخاص الاعتبارية الاقليمية : هى الأشخاص الاعتبارية العامة التى يشمل اختصاصها فى الأصل جميع المرافق ولكن فى حدود اقليمية معينة · وفى طليعة هذه الأشخاص شخص أساسى وضرورى هو الدولة التى ينبسط سلطانها ونشاطها على كافة اقليمها ، ويليها الأشخاص المحلية التى يتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف أنواعها فى بقعة معينة من اقليم الدولة كالمحافظات والمدن والقرى (م ١/٥٢ مدنى) · وواضح أن ثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه الأشخاص ، انما يتم عن طريق الاعتراف العام وبمجرد نشوئها وفق الشروط العامة المحددة فى القانون(١) · وتمثل هيئات وأجهزة معينة هذه الأشخاص فى نشاطها ، فتمثل الحكومة (بالمعنى الواسع) الدولة ، وتمثل مجالس المحافظات والمجالس البلدية والقروية المحافظات والمدن والقرى على التوالى ·

(٢) المنشآت او الهيئات او المؤسسات العامة : أشارت الى هذا النوع الثانى من الأشخاص الاعتبارية العامة ، ولكن دون تفصيل أو تمثيل ،

---

(١) ظاهر أن هذا القول يصدق على المحافظات والمدن والقرى · أما الدولة ، فان شخصيتها الاعتبارية تنشأ لها فى المحيط الداخل من قبل هذا الاعتراف ودون حاجة اليه بمجرد توافر عناصر واقعية معينة ، وان كانت تحرص على تسجيل هذه الشخصية ومظاهرها فى نصوص تشريعها من بعد · أما فى المحيط الدولى ، فان ثبوت شخصية الدولة يتوقف على الاعتراف بها من قبل الدول الأخرى (انظر فى شخصية الدولة وكيفية ثبوتها · :
Michoud, op. cit., t. I, Nos. 107 et s.)

المـادة ١/٥٢ من التقنين المدنى بقولها « الادارات والمصـالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية » • واذا كان ظـاهر هذا النص يشعر بأن هذا النوع من الاشخاص الاعتبارية — على خلاف النوع الاول — يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص ، الا أن المشرع بنصـه من بعد على ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئة العامة(١) وللمؤسسة العـامة(٢) عموما ، يكـون قد خلـق اعترافا عاما بالشخصـية الاعتبارية لهيئات والمؤسسات العامة بحيث تثبت لها الشخصية بمجرد انشائها الذى يتم بقرار من رئيس الجمهورية ، دون حاجة الى اعتراف خاص بالشخصية لكل هيئه أو مؤسسة عامة منها على حدة •

وهذه الاشخاص الاعتبـارية العامة المسماة بالمنشـآت أو الهيئـات أو المؤسسـات العـامة (établissements publics) ، أو بالأشخـاص المرفقية كما يسميها البعض(٣) تمييزا لها عن الأشخاص الاقليمية ، تتخصص — وسواء كانت قومية أو محلية — بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرفق أو مرافق محددة ، تتمتع فى توليها وادارتها بنوع من الاستقلال الذاتى عن الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الاقليمية الأخرى التى تتبعها •

وقد كانت الأشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجرد الهيئات أو المؤسسات العـامة الادارية التقليدية ، كالجامعـات المصرية ودار الكتب ومجمع اللغـة العربية والاذاعة اللاسلكية(٤) • ولكن أمـام اتساع وظيفة الدولة وازدياد تدخلها فى مختلف نواحى النشاط المتروك أصـلا للجهـود الخاصة ، كان لابد من اتساع مضمون فكرة الهيئات أو المؤسسات العـامة وتكاثر عدد الأشخاص المرفقية وتنوعها بالتالى •

وقد اتجه تدخل الدولة المتزايد أساسا الى الميدان الاقتصـادى أمام

---

(١) م ١ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ •

(٢) م ٦ من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ •

(٣) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ و ٢٧١ •

(٤) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٣٣ •

انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما تعنيه من ضرورة هيمنة الدولة على الاقتصاد في الجماعة ، وبذلك ظهرت صورة جديدة من المرافق أو المؤسسات العامة الاقتصادية(١) لا تتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وانما تعطيها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظا من الاستقلال الفني والاداري والمالي ، تتخفف به من الاساليب الادارية أو الحكومية المعقدة لتتبع أساليب ادارة المشروعات الحرة المماثلة ، مما يزيد في فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من أغراضها ·

وقد جرى المشرع المصرى في البداية على التمييز بين ما سماه «الهيئات العامة» وما سماه «المؤسسات العامة» . ولكن لم يستقر معيار التمييز بوضوح بين هذين النوعين من الأشخاص الاعتبارية(٢) ، وان كان الظاهر ان المشرع المصرى يرمز عموما بالهيئات العامة الى المنشآت العامة التقليدية وبالمؤسسات العامة الى المنشآت العامة الاقتصادية(٣) ·

(١) أنظر في المؤسسات العامة الاقتصادية :

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ٢٩٥ - ٢٩٦ ، ٣٠٠ - ٣٠٤ ، ٣١٢ - ٣١٣ · - محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ - ٢٨٠ ·

(٢) أنظر في ذلك :

مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجارى ، ١٩٦٧ ، فقرة ٤٩٣ · - محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديموقراطى التعاونى ، المجلد الأول ١٩٦٧ ، ص ٦٢٤ و ٦٢٦ ·

(٣) أنظر في هذا المعنى : نقض ١٠ ابريل ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٢٠ ، ع ٢ ، رقم ٩٥ ص ٥٨٨ ، حيث اعتبر هذا الحكم الهيئة العامة لشؤون سكك حديد جمهورية مصر هيئة عامة لا مؤسسة عامة « لأنها كانت في الأصل مصلحة عامة حكومية رأت الدولة ادارتها عن طريق هيئة عامة للخروج بالمرفق عن النظام (الروتين) الحكومى ·· كما ان الغرض الأساسى لها هو أداء خدمة عامة - وان كان لهذه الخدمة طبيعة تجارية - في حين ان « الغرض الأساسى للمؤسسة العامة يكون ممارسة نشاط تجارى أو صناعى أو زراعى أو مالى » ·

وبالاضافة الى هذا المعيار الجوهرى ، أضاف الحكم ضوابط تعزز في هذا المثل وجود الهيئة العامة بما يميزها عن المؤسسة العامة بقوله « ان قانون انشاء هيئة السكك الحديدية وان نص على أن تكون لها ميزانية سنوية مستقلة الا أنه ألحق هذه الميزانية بميزانية الدولة وبذلك تتحمل الدولة ما قد يصيبها من خسائر ويؤول اليها ما تحققه الهيئة من أرباح ، بينما أرباح المؤسسة العامة بحسب الأصل تؤول اليها وتتحمل هى الخسارة· ثم ان الرقابة التى جعلها ذلك القانون لوزير المواصلات على الهيئة وعلى قرارات مجلس ادارتها هى من نوع رقابة الدولة على الهيئات العامة والتى لا نظير لها فى المؤسسات العامة » ·

وعلي أي حال ، فقد كان المشرع ذاته يتكفل باقامة هذا التمييز . اذ كان ينص علي أن يحدد رئيس الجمهورية بقرار منه مايعتبر هيئات عامة وما يعتبر مؤسسات عامة (١).

ثم عدل المشرع عن تسمية « المؤسسات العامة » الى تسمية جديدة هى « هيئات القطاع العام » ، وذلك بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن هيئات القطاع العام وشركاته الذي الغى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ في شأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام. وقد أبرز المشرع الطابع الاقتصادى لهيئات القطاع العام (م١) ، واعتبرها من أشخاص القانون العام (م ٢).

وتمهيدا للسير فى الاتجاه الجديد نحو تحرير الاقتصاد القومى وتكبير دور القطاع الخاص ، أنشأ المشرع ما سماه « قطاع الأعمال العام » الذى يشمل ما سماه « الشركات القابضة » و « الشركات التابعة » لها ، محلا الأولى محل « هيئات القطاع العام »والثانية محل « شركات القطاع العام»(م ١ و ٢ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام). ورغم أن رأسمال « الشركة القابضة » مملوك بالكامل للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة (م١/١ من قانون شركات قطاع الأعمال العام) ، فقد اعتبرها المشرع من أشخاص القانون الخاص (م١ /٢) ، وذلك علي خلاف « هيئات القطاع العام » التي كان القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ يعتبرها من أشخاص القانون العام على ماسلفت الاشارة. وأوجب المشرع أن تتخذ الشركة القابضة شكل شركة المساهمة (م١/٢) ، على أن تثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها فى السجل التجاري (م١/١)(٢). ويسري على الشركة القابضة - فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون شركات قطاع الأعمال العام وشركاته وبما لايتعارض مع أحكامه - نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (م١ من قانون اصدار القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١)(٣).

---

(١) م ١٨ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ ، وم ٥ من قانون اصدار قانون المؤسسات العامة الملغى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ .

وانظر من القرارات الجمهورية الصادرة باعتبار بعض الهيئات هيئات عامة : القرار رقم ٢٧١٥ سنة ١٩٦٦ في شأن الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية ، والقرار رقم ٩٢٥ لسنة ١٩٦٧ في شأن الهيئة الزراعية المصرية ، والقرار رقم ١٩٣٦ لسنة ١٩٦٧ فى شأن الهيئة العامة للانتاج الزراعى .

(٢) أجرى المشرع ذات الأحكام على الشركة القابضة (م١٦/٣ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، وهي التي يكون لاحدي الشركات القابضة ٥١٪ من رأسمالها على الأقل (م١٦/١ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١).

(٣) ويشمل هذا النص بحكمه كذلك الشركة التابعة.

وكذلك يثير تدخل الدولة المتزايد في بعض مرافق التوجيه المهني وهيمنتها عليها مشكلة تحديد صفتها . وتقوم هذه المرافق أو النقابات المهنية(١) على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضما اجباريا في جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة ، وتختص بقبول المشتغلين بها ، وتفرض عليهم رسوما معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة، وتتمتع في سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة . ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والاطباء والمهندسين والمعلمين . ويكاد يستقر الفقه الاداري الحديث على اعتبارها من أشخاص القانون العام(٢) ، بل واعتبارها كذلك صورة جديدة من صور المؤسسات العامة هي « المؤسسات المهنية »(٣) ، واعتبار قراراتها المتعلقة بالنشاط المهني قرارات ادارية تخضع لرقابة القضاء الاداري(٤) . وعلى أي حال ، فقد قطع المشرع المصري صراحة باعتبار بعض هذه المرافق المهنية مؤسسات عامة ، كما فعل في شأن الغرف التجارية(٥) والغرف الصناعية(٦) .

وكذلك فان النص ، في صدد تعديد الأشخاص الاعتبارية ، على «الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية » (م ٥٢/٢ مدني) ، يثير التساؤل عن صفتها . وقد أتيح للقضاء الاداري المصري أن يجيب عن هذا التساؤل في شأن ما عرض عليه من الطعن في قرارات بعض هذه الهيئات والطوائف الدينية ، فقضى باعتبارها من أشخاص القانون العام الاعتبارية(٧) وباعتبار قراراتها بالتالي قرارات ادارية تقبل الطعن فيها

(١) أنظر في المرافق أو النقابات المهنية :
مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٩ - ١٣٢ و ٣٥٣ - ٣٦٣ . - محمد فؤاد مهنا ، القانون الاداري المصري والمقارن ، ج ١ ، السلطة الادارية ، ١٩٥٨ ، ص ٢٨٠ - ٢٨٢ و ٤٥٠ - ٤٥٥ .

(٢) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٢٩٧ - ٢٩٩

(٣) أنظر : محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ - ٤٥٥ . والمراجع الفرنسية العديدة التي يشير اليها في هامش ص٤٥١ .

(٤) أنظر في ذلك حكمين لمحكمة القضاء الاداري في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ ، بالنسبة لنقابة المحامين ولنقابة المهن الهندسية وقراراتهما (مجموعة المكتب الفني ، س ٥ ، رقم ٧٢ ، ص ٣٠٤ ، ورقم ٧٥ ص ٣٢١ على التوالي) .

(٥) المادة الأولى من القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ .

(٦) المادة الأولى من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٧ ، المعدل بالقانون رقم ٥٣٠ لسنة ١٩٥٣

(٧) أنظر في هذا المعنى كذلك :
سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٤ . - محمد سامي مدكور ، ص ١٤٤ .

بالالغاء أمامه ، وذلك بالنظر الى ما تتمتع به هذه الهيئـــات من بعض مزايا واختصاصات السلطـــة العامة والى قيامهـــا بخدمات ذات نفع عـــام والى خضوعها خضوعا جوهريا لهيمنة الـدولة واشرافها(١) • ويراعى ، على أى حـال ، ان مثل هـذه الهيئات والطوائف الدينية انمـــا تثبت لها الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف الخـــاص بكل منها(٢) لا عن طريق الاعتراف العام ، وان كان ليس لازما أن يأتى هذا الاعتراف الخاص صريحا •

المطلب الثـانى

الأشخاص الاعتبارية الخاصة

٣٤٢ - تقسيم

يمكن أن نقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة التى تخضع للقانون الخاص، من حيث تكوينها ، الى نوعين رئيسيين : جماعات الأشخاص التى تتـــألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، ومجموعـــات الأموال التى تتكون من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين • فنعرض لكـــل منهمـــا على التوالى •

الوجـــه الأول

جماعات الأشخـــاص

٣٤٣ - تمهيد وتقسيم

فيما عدا جماعات الأشخاص التى تثبت لكل منها الشخصية الاعتبارية

(١) محكمة القضاء الادارى ، ٦ ابريل سنة ١٩٥٤ ، مجمـــوعة المكتب الفنى ، س ٨ ، رقم ٦٠١ ، ص ١١٧١ ، بالنسبة لبطركخانة الأقباط الأرثوذكس •

ومحكمة القضاء الادارى ، ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى س ٩ رقم ٣٤ ، ص ٣١ ، بالنسبة للمجلس الصوفى الأعلى •

(٢) فى هذا المعنى :

عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٤٥٦ ، ص ٦٩٥ • - عبد الفتـــاح عبد الباقى ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٥٨ •

ولكن ليس بلازم ان يكون الاعتراف الخاص بقانون ، وانما يكفى أن يكون « وفقـــا للقواعد المتبعة فى هذا الصدد» (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الأعمـــال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٧٤) ، اى يكفى أن يكون اعترافا جرى به العرف (أنظـــر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش ٤٥ ، ص ٣٤٧ ، و ٣٤٨) •

بمقتضى اعتراف خـاص أو نص فى القـــانون (م ٦/٥٢ مدنى) ، تثبت الشخصية الاعتبارية - عن طريق الاعتراف العام - لطائفتين من جمـــاعات الأشخاص هى الشركات والجمعيات (م ٤/٥٢ و ٥ مدنى) • فنعرض بايجاز فيما يلى للشركات ، ثم نعرض للجمعيات •

(١) الشركات •
Les Sociétés

٣٤٤ - مقومات الشركة وانواعها

الشركة جماعة من الأشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادى يقتسمونه فيما بينهم • وغرض تحقيق الربح الذى توجد من أجله الشركة ، هو الذى يميزها عن الجمعية • وقد عرفت المـادة ٥٠٥ من التقنـــين المدنى الشركـة بما يبرز هذا الغرض بقولها « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر، يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » •

والشركة على هذا النحو تفترض وجود شخصـــين على الأقـل(١) من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية(٢) ، ووجود ارتبـــاط بين الشركاء والتزام بالتعاون على تحقيق مشروع استغـــلال بقصد تحصيل ربح أو كسب مالى يزيد فى ثروتهم(٣) ، عن طريق تقديم أنصبة أو حصص سواء كانت ماليـة نقدية أو عينية أو كانت حصصا بالعمـل ووضعها فى خدمة هـــذا المشروع . ولتحقيق هذا الغرض ، حتى تعود عليهم من بعد ثمرته فيقتسمون فيما بينهم أرباحه أو يتحملون بمخاطره وخسائره •

(١) ولكن استثناءاً من ذلك ، تظل الشركات المؤممة معتبرة شركات رغم أن التأميم من شأنه ايلولة ملكية أسهم الشركة أو حصصها الى شخص وحيد هو الدولة (فى هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٦٧ ، فقرات ١٦٨ و ٢٥٢) . ولذلك نص قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الملغى رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ على أن للمؤسسة العامة - فى سبيل تحقيق أغراضها - انشاء شركات مساهمة بمفردها (م ٩ / ١) ، ونص قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ علي نفس الحكم في شأن الشركة القابضة (م٢/٢ - ١) وهي التى حلت بهذا القانون محل المؤسسة العامة.

(٢) ومع ذلك، ففي شأن بعض الشركات لايكفي وجود شخصين بل يجب وجود عدد أكبر من الشركاء كحد أدني ، مثل شركات المساهمة التى يلزم أن يكون عدد الشركاء المؤسسين فيها ثلاثة علي الأقل (م٨ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة).

(٣) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ •

والشركات اما شركات تجارية تحترف القيام بصفة رئيسية بالأعمال التجارية ، كعمليات البنوك أو النقل أو التأمين أو الصناعة ، واما شركات مدنية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كالاستغلال الزراعي(١) .

٣٤٥ ـ تكوين الشركة وبدء شخصيتها

يلزم في البداية لتكوين الشركة وجود عقد مكتوب بذلك أيا كان مقدار رأس المال ، والا كانت الشركة باطلة (م٥٠٧ /١ مدني) (٢) ، بحيث تكون الكتابة اذن شرطا لانعقاد عقد الشركة لا لمجرد اثباته. ويكفي العقد المكتوب العرفي في الأصل لتكوين الشركة، كما هو الشأن في الشركات المدنية عموما . ولكن قد يستلزم القانون ـ فضلا عن ذلك ـ اجراءاً شكليا آخر في شأن بعض الشركات كالشركات التجارية، فقد تطلب القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة أن يكون العقد الابتدائي ونظام الشركة (بالنسبة لشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم) أو عقد تأسيس الشركة (بالنسبة للشركة ذات المسئولية المحدودة) عقدا رسميا أو مصدقا على التوقيعات فيه (م١٥).

وتكتسب الشركة المدنية الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها بعقد مكتوب (م ٥٠٦ / ١ مدني) . ومع ذلك لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون (م٥٠٦ / ١ مدني) (٣). غير أن النشر مقصود به مصلحة الغير لا مصلحة الشركاء، ولذلك لايستطيع الشركاء الاحتجاج بشخصية الشركة على الغير قبل القيام باجراءات النشر المقررة ، بينما يظل للغير حق التمسك بهذه الشخصية رغم عدم شهر الشركة على النحو المذكور (م٥٠٦/٢ مدنى) . أما الشركات التجارية سالفة الذكر ، فلا تترتب لها الشخصية الاعتبارية إلا باشهار عقد الشركة ونظامها – بحسب الأحوال – في السجل التجاري (م٢٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) ومن تاريخ هذا الشهر (٤).

(١) مصطفى طه . المرجع السابق ، فقرة ٢٨٤ .

(٢) ولكن هذا البطلان مقرر لمصلحة الغير ، ولذلك لا يجوز للشركاء الاحتجاج به قبل الغير (م ٥٠٧/٣ مدني) ، وان جاز له التمسك قبلهم بقيام الشركة أو ببطلانها حسب مصلحته .

(٣) ومع ذلك لم يقرر التقنين المدني اجراءات نشر معينة لشهر الشركات المدنية ، ولذلك ينبغي القول بأن شخصية هذه الشركات ـ على خلاف الشركات التجارية ـ تبدأ ويحتج بها على الغير منذ تكوينها (في هذا المعنى : عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧١ ، ص ٧١١) .

(٤) ولايجوز بعد اتمام الشهر المذكور الطعن ببطلان الشركة بسبب مخالفة الأحكام المتعلقة بالتأسيس (م٢٣ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١).

وقد سلفت الاشارة إلى إمكان ثبوت الشخصية الاعتبارية للشركة فى مرحلة تأسيسها إذا كانت التصرفات التى أجراها المؤسسون فى هذه المرحلة ضرورية للتأسيس (١).

٣٤٦ - انقضاء الشركة

تنتهى الشركة بوجه عام - أيا كان نوعها أو شكلها - بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله (م ١/٥٢٦ مدنى) ، أو بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها (م ١/٥٢٧ مدنى) ، أو باجماع الشركاء على حلها (م ٢/٥٢٩ مدنى) أو باتفاق أغلبيتهم على هذا الحل فى الحدود المقررة فى عقد الشركة أو نظامها ، أو بحكم قضائى بناء على سبب خطير يسوغ الحل (م ٥٣٠ مدنى) .

وفضلا عن ذلك ، توجد أسباب انقضاء خاصة بشركات الأشخاص . فهذه الشركات ، بقيامها على الاعتبار الشخصى ، تتعرض للانقضاء بكل طارئ يحمل معنى الإخلال بهذا الاعتبار ، كموت أحد الشركاء ، أو الحجر عليه ، أو اعساره ، أو افلاسه (م ١/٥٢٨ مدنى) ، أو انسحابه اذا كانت الشركة غير معينة المدة (م ١/٥٢٩ مدنى) . ولكن هذه الأسباب غير متعلقة بالنظام العام ، ولذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم توافر أحد هذه الأسباب .

وبانقضاء الشركة تتعين تصفية أموالها وقسمتها . وتتم هذه التصفية والقسمة بالطريقة المبينة فى العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع أحكام القانون (م ٥٣٢ مدنى) . ولحاجات التصفية ، تبقى استثناء شخصية الشركة - رغم توافر سبب انقضائها - بالقدر اللازم لهذه التصفية (٢) وإلى نهايتها (م ٥٣٣ مدنى) (٣) . وبعد تمام التصفية باستيفاء الدائنين لحقوقهم، تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا ، فيختص كل واحد منهم بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال ، واذا بقى شىء بعد ذلك ، يقسم بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح . أما اذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر (م ٥٣٦ مدنى) .

(١) أنظر سابقا ، ص ٦٣٩ - ٦٤٠.

(٢) وهذا ما يؤكده كذلك القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ فى شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة (م ١/١٣٨) ، على أن يضاف الى اسم الشركة خلال التصفية عبارة « تحت التصفية » (م ١٣٨ / ٢).

(٣) أنظر سابقا ، ص ٦٦٧.

(٢) الجمعيـــات

Les Associations

٣٤٧ - تمهيـــد

عني التقنين المدني الحالي بوضع أحكام عامة للجمعيـــات في المواد من ٥٤ الى ٦٨ منه • وقد صدرت قبله وبعده تشريعات خاصة ببعض أحكـــام جزئية متعلقة بالجمعيات أو بأنواع معينة منها • وقد رأى المشرع من بعـــد جمع شتات هذه الأحكام في صعيد واحد مع اعادة النظر فيها ، مما اقتضـــاه اخراجها من صلب التقنين المدني واصدار تشريع جديد خاص بها • ولكنه لم يقتصر في هذا التشريع على أحكام الجمعيات وحدها بل ضم اليها كذلك أحكام المؤسسات الخاصة • وقد صدر بهذا التشريع أولا القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، ثم حل محله اليوم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ • وبذلك تم نسخ نصوص التقنين المدني الأصلية في هذا الشأن •

٣٤٨ - مقومات الجمعية

يقصد بالجمعية « كل جماعة ذات تنظيم مستمر ، لمدة معينة أو غـــير معينة ، تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية ، لغرض غير الحصول على ربح مادي » • ومن هذا التعريف ، تتبين أركان الجمعية ومقوماتها الآتية :

١ - تتألف الجمعية من عدد أو جمـــاعة من الأشخاص • ويستوي أن يكون هؤلاء الأشخاص أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا اعتباريين • ولكن اذا كانوا أشخاصا طبيعيين ، فيجب أن لا يقل عددهم عن عشرة •

٢ - تمثل الجمعية تنظيما مستمرا • ولا يقصـــد بالاستمرار التأبيـــد والدوام ، اذ يمكن أن تعين للجمعية مدة محـــددة تنقضي بانتهائهـــا ، وانما يقصد بالاستمرار أن يكون وجودها وتنظيمها مستقرا ثابتا يميزها عن مجرد الاجتماعات العارضـــة أو الوقتية التي لا تكون جمعية ولا تستأهل اكتساب الشخصية •

٣ - تهدف الجمعية الى غرض غير الحصول على ربح مادي ، وهـــذا هو

الذى يميزها عن الشركة(١) · ويستوى بعد ذلك - ما دام غرض الجمعية غير مخالف للنظام العام والآداب - أن يكون خيريا أو دينيا أو علميا أو ثقافيا أو رياضيا أو اجتماعيا ، أو سياسيا كالاحزاب ، أو مهنيا للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة كنقابات العمال ·

٣٤٩ - نشوء الجمعية وبدء شخصيتها

لا تنشـأ الجمعية الا بمقتضى نظام مكتوب موقع من المؤسسين(٢) (م ٣ / ١) . والكتابة هنا - كما فى حال الشركة - شرط وجود وانعقاد لا شرط اثبات · ويجب أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على بيانات عددتها المادة ٣/٢ وهى : اسم الجمعية(٣) ونوع وميدان نشاطها (٤) ونطاق عملها الجغرافى ، ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز فى جمهورية مصر العربية ؛ واسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل اقامته ، وموارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها ، والاجهزة

(١) قد تدق التفرقة بين الشركة والجمعية فى صورة بعض الجمعيات التى تستهدف تحقيق منافع اقتصادية لأعضائها · ولكن ينبغى أن يكون مفهوما أن المقصود بالربح الذى يقتصر السعى اليه هو المميز الأساسى للشركة هو الكسب الايجابى المالى أو المادى الذى يضاف الى ثروة الشركاء وليس مجرد الكسب السلبى بالاقتصاد فى النفقات أو توقى بعض الخسائر · ولذلك ينبغى أن تعتبر جمعيات لا شركات ، جمعيات التأمين التبادلى التى تستهدف تعويض من يحيق به من أعضائها خطر معين من حصيلة ما يساهم به فيها كل الأعضاء من أموال وحصص ، والجمعيات التعاونية للاستهلاك التى تبيع السلع للأعضاء بالسعر الجارى ثم تعيد اليهم فى آخر كل عام الفرق بين هذا السعر وبين التكلفة ومصاريف الادارة (أنظر : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ · وأنظر كذلك فى تأييد اعتبار الجمعيات التعاونية جمعيات لا شركات : شفيق شحاته ، فقرة ١٢٦ · - محمد سامى مدكور ، ص ١٤٩ · - سليمان مرقس هامش «١» ص ٣٥٠ · - عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١١٦ ، ص ١٦٨ . ولكن أنظر عكس ذلك ، بورسعيد الجزئية ٣٠ ابريل سنة ١٩٣٣ ، المحاماة ١٤ ، رقم ١٠٩ ، ص ٢١٦) ·

(٢) ويجب أن لا يشترك فى تأسيسها أو ينضم الى عضويتها أى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية الا بتصريح من الجهة الادارية المختصة (م ١/١٣) ، وهى وزير الشئون الاجتماعية (م ٤٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧) ·

(٣) « لا يجوز لأية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو الى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى » (م ٢/٣ - أ) ·

(٤) تنص المادة الثانية من القانون على أن « كل جمعية تنشأ مخالفة للنظام العام أو للآداب أو لسبب أو لغرض غير مشروع أو يكون الغرض منها المساس بسلامة الجمهورية أو بشكل الحكومة الجمهورى أو نظامها الاجتماعى تكون باطلة » ·

التى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم، ونظام العضوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم ، ونظام المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية ادماجها أو تكوين فروع لها ، وقواعد حل الجمعية والجهة التى تؤول اليها أموالها .

وقد كان التقنين المدنى يقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد انشائها أى بتحرير نظامها (م ٥٨/١ و م ٥٥) ، ولكنه كان يعلق الاحتجاج بهذه الشخصية فى مواجهة الغير على شهر نظامها (م ٢/٥٨) ، غير أن الشهر كان مقررا لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع - رغم اهمال الشهر - التمسك ضد الجمعية بالآثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية (م ٢/٥٩) . ولكن المشرع لم يلبث أن عدل عن هذه الأحكام فى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ وأكد هذا العدول فى القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، مقررا إنه « لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية الا اذا شهر نظامها وفقا لأحكام هذا القانون » (م ٨) ، وبذلك لم يعد نشوء الجمعية بتحرير نظامها كافيا أصلا لبدء شخصيتها . ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده فى السجل المعد لذلك (م ١/١٠)(١) ، مقابل دفع رسم معين (م ٩) . وينشر ملخص القيد فى الوقائع المصرية بغير مقابل (م ٢/١٠) ، ولكن لا يترتب على تأخير هذا النشر تأخير بدء شخصية الجمعية ، فهى تبدأ فور قيد نظام الجمعية فى السجل المعد لذلك(٢) ، والأصل أن تقوم الجهة الادارية المختصة - وهى مديرية الشئون الاجتماعية المختصة (م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧) - باجراء الشهر خلال ستين يوما من تاريخ طلبه ، فاذا مضت الستون يوما دون اتمامه ، اعتبر الشهر واقعا بحكم القانون (م ١١) . ولكن تملك هذه الجهة - بعد أخذ رأى الاتحاد المختص - حق رفض الشهر اذا كانت البيئة فى غير حاجة الى خدمات الجمعية ، أو اذا كان انشاؤها لا يتفق مع دواعى الأمن ، أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية ، أو لكون الجمعية قد أنشئت بقصد احياء جمعية أخرى

---

(١) ويجب كذلك شهر كل تعديل فى نظام الجمعية ، والا اعتبر التعديل كأن لم يكن (م ١٣) .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، هامش «٢» ص ١٦٩ .

سبق حلها (م ١/١٢) • غير أن لذوى الشأن حق التظلم الى الجهة الادارية المختصة من قرار الرفض(١) •

٣٥٠ - قيود أهلية وجوب الجمعية

سبق أن أشرنا الى أن أهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام محدودة بالقياس الى أهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف فى التكوين والغرض ، فتتقيد بامتناع اسناد الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان الى الشخص الاعتبارى ، وبانحصار ما يسند الى الشخص الاعتبارى من حقوق والتزامات فى حدود ما يتخصص به من غرض(٢) • وهذان القيدان فى شأن الشخص الاعتبارى بعامة ، يصدقان كذلك فى شأن الجمعية بخاصة •

وفضلا عن هذه القيود العامة ، خص المشرع الجمعيات بقيد خاص بنصه على أنه « لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات ، الا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ما لم تحصل على اذن بذلك من الجهة الادارية المختصة » (م ١/٧) • غير أن هذا القيد الخاص يجاوز حدود فكرة التخصص ، اذ ليس فى تملك أو اكتساب حقوق على عقارات تزيد على القدر الضرورى لتحقيق غرض الجمعية ، ما يحمل المعنى الذى يفرضه التخصص كقيد عام من الخروج على ذلك الغرض(٣) •

---

(١) يقدم التظلم خلال ستين يوما من تاريخ ابلاغ ذوى الشأن قرار الرفض (م ٢/١٢) • ويجب البت فى التظلم بقرار مسبب خلال ستين يوما من تاريخ وصوله الى الجهة المختصة والا اعتبر مقبولا (م ٣/١٢) •

(٢) اذا كانت شخصية الجمعية لا تبدأ الا بشهر نظامها ، فينبغى التساؤل عما اذا كان فى الامكان اسناد ما يتعلق بانشاء الجمعية من حقوق والتزامات ، فى فترة التأسيس وقبل ابتداء شخصيتها بالشهر ، الى الجمعية لا الى المؤسسين • وقد سبق أن رأينا امكان الاعتراف من حيث المبدأ للأشخاص الاعتبارية عموما بشخصية معينة فى هذه الفترة فى حدود غرض التأسيس وحده ، على أن يتوقف مصير الحقوق والالتزامات المسندة اليها فى هذه الحدود من حيث استقرارها نهائيا أو زوالها على تمام أو عدم تمام تكوين هذه الأشخاص وثبوت شخصيتها • ومع ذلك ، فقد أورد المشرع المصرى حكما يشكك فى اعمال هذا المبدأ فى شأن الجمعيات ، وهو ما يمكن معه اعتباره استثناء منه ، بنصه على أن يعتبر مؤسسو الجمعية « مسئولين عما يستلزمه انشاء الجمعية من نفقات وما يتفرع عن ذلك من التزامات • فاذا أشهر نظام الجمعية ترد اليهم النفقات التى تقرها الجمعية العمومية » (م ٣ فقرة أخيرة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤)

(٣) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٣٩ •

«ولعل المشرع كان متأثرا في ذلك بنوازع الحذر التقليدي من ازدياد قوة الجمعيات بما قد يحمله ذلك من خطر على الدولة ، وبالنظرة التقليدية الاقتصادية الى العقارات باعتبارها أكبر قيمة من المنقولات وعماد ثروة وقوة الجمعيات بالتالي(١) .

وعلى أي حال ، فليس هذا القيد بالمطلق ، اذ لا يسرى على الجمعيات التي تعمل في ميدان الرعاية الاجتماعية والجمعيات الثقافية (م ٢/٧) والجمعيات ذات الصفة العامة (م ٦٥) . فيجوز لها أن تملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو كانت تجاوز القدر الضروري لتحقيق غرضها ، حتى تضمن لنفسها موارد ثابتة تنفق منها على هذه الأغراض الجديرة بالتحقيق والتشجيع وتتحوط في شأنها للمستقبل . ولأنه لا حرج - بل ليس أولى وأفضل - من التزيد في تحقيق هذه الأغراض أمام نفعها وأهميتها البالغة دون الوقوف عند القدر اللازم والضروري منها . فضلا عن انعدام خطر هذه الجمعيات على الدولة بالنظر الى طبيعة أغراضها والى خضوعها لرقابة ادارية أو اشراف اداري أشد من سائر الجمعيات .

٣٥١ - نشاط الجمعية

١ - **قيود نشاط الجمعية** : من الواضح أن نشاط الجمعية - كنشاط أي شخص اعتباري - يتقيد بمبدأ التخصص فينحصر في حدود غرضها وحده دون غيره من الأغراض . وقد أكد المشرع المصري هذا القيد في شأن الجمعية خاصة بنصه على أن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها . ولها أن تستعمل فائض ايراداتها لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك في نشاطها » (م ١٩) ، وأنه (لا يجوز للجمعية الدخول في مضاربات مالية » (م ٢٠) باعتبار ذلك مناقضا للتخصص القانوني للجمعية بوصفها لا تستهدف تحقيق الربح المادي .

---

(١) ولذلك يكون للجمعية ان تتملك او تكتسب حقوقا على المنقولات دون قيد ، ولو كانت تجاوز القدر الضروري لتحقيق غرضها (في هذا المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٩١ - لكن قارن : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١١٨ ، ص ١٧١) .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، يضع المشرع قيودا خاصة على نشـاط الجمعية ٠ منها عدم انتسابها أو اشتراكها أو انضمامها الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها ، وعدم جواز حصولها على أموال من شخص أو هيئة أجنبية ، أو ارسالها شيئا من ذلك الى أشخاص أو منظمات فى الخارج الا باذن من الجهة الادارية المختصة فيما عـدا المبالغ الخاصة بثمن الكتب والمجلات العلمية والفنية (م ٢٣) ، وكل ذلك بقصد الرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية قد تضر بأمن الدولة وصالحها ٠ ومن هذه القيود الخاصة كذلك أنه لا يجـوز الترخيص بجمـع تبرعات من الجمهور أو اقامة حفلات وأسواق خيرية أو مباريات رياضـية أو غير ذلك من وسـائل جمع المال للأغراض الاجتماعيـة الا للجمعيات والاتحادات المشهرة وفى الأحوال وبالأوضاع وبالشروط التى تبينها اللائحة التنفيذية (م ٢٥) ٠

٢ ـ رقابة نشاط الجمعية : كان المشرع يخضـع فى الأصـل نشاط الجمعية لرقابة ادارية ٠ غير أنه زاد هذه الرقابة فى القانون الحالى رقم ٣٢لسنة ١٩٦٤ محكما بذلك قبضة الادارة على الجمعيات ٠ وفى سبيل تمكين الادارة من ممارسة سلطتها فى الرقابة ، جعل المشرع للجهة الادارية المختصة حق الاطلاع على السجلاتوالوثائق التى يلزم المشرع الجمعية الاحتفاظ بها فى مركز ادارتها (م ١٦) ، وحق فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية(م ٢٧) ٠

ونوجز أهم أوجه الرقابة الادارية فيما يلى :

١ ـ يجب على الجمعية أن تخطر هذه الجهة عند تغيير المصرف المودع به أموالها خلال أسبوع من تاريخ حصوله (م ١٨) ٠ وأن تبلغها بكل اجتماع للجمعية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الأقل وبالمسائل الواردة فى جدول الأعمال والأوراق المرفقة به (م ٣٩) ٠ وأن تبلغها كذلك بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع (م ٤٤)٠

٢ - لوزير الشئون الاجتماعية تعيين ممثل للوزارة وممثل لكل هيئة من الهيئات الادارية المعنية أعضاء في مجلس ادارة الجمعية ، على أن لا يزيد عددهم عن نصف مجموع أعضاء المجلس (م ٤٨) .

٣ - خروجا على الأصل من انعقاد الجمعية العمومية للجمعيات بناء على دعوة من مجلس الادارة ، يمكن انعقادها بناء على دعوة من الجهة الادارية المختصة اذا رأت ضرورة لذلك وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص (م ٣٦/ج) .

٤ - لجهة الادارية المختصة ، اذا دعت الضرورة ، طلب عقد مجلس ادارة الجمعية بخطاب موصى عليه تحدد فيه الموضوعات التي ترى عرضها على المجلس . ويجب على المجلس النظر في هذه الموضوعات في الموعد الذى تحدده الجهة الادارية أو خلال شهر على الأكثر من تاريخ ابلاغه (م ٥٣) .

٥ - للجهة الادارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية ، يكون مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للآداب (م ١/٣٢) . ولكن يكون للجمعية ولكل ذى شأن الطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الادارى ، ويجب على هذه المحكمة أن تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال (م ٢/٣٢) .

٦ - لوزير الشئون الاجتماعية ، بقرار مسبب ولمدة محددة ، تعيين مدير أو مجلس ادارة مؤقت للجمعية ، اذا أصبح عدد أعضاء مجلس الادارة غير كاف لانعقاده انعقادا صحيحا ، أو اذا لم يتم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين بدون عذر تقبله الجهة الادارية المختصة (م ٢٨) .

٧ - للجهة الادارية المختصة أن تقرر - بقرار مسبب - ادماج أكثر من جمعية تعمل لتحقيق غرض متماثل أو توحيد ادارتها أو تعديل أغراضها ، تبعا لاحتياجات البيئة أو لتحقيق التناسق بين الخدمات التى تؤديها أو لغير ذلك من الأسباب التى تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، على أن يراعى بقدر الامكان رغبات المؤسسين وغرض الجمعية ونوع ما تؤديه من خدمات (م ٢٩) .

٣٥٢ - انقضاء الجمعية

تنقضى الجمعية بالأسباب العامة لانقضاء الشخص الاعتبارى(١) ، مثل انتهاء الأجل المحدد لها ، أو استنفاد الغرض منها أو استحالة تحقيقه ، أو موت كل أعضائها أو تضاؤلهم الى أقل من الحد الأدنى المفروض(٢) ، أو بحلها حلا اختياريا أو حلا اجباريا ٠ وهذا السبب الأخير هو الذى نعرض له بخاصة فيما يلى :

١ - **الحل الاختيارى** : لا يتأتى حل الجمعية حلا اختياريا الا بقرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثى أعضائها ، ما لم يرد فى نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك (م ٢/٤٢) ٠

٢ - **الحل الاجبارى** : لم يكن يتأتى فى الأصل حل الجمعية حلا اجباريا الا بحكم قضائى ، وهذا أفضل ضمانا لعدالة الحل ولزومه وارتفاعه عن مظان الشبهة والتحكم(٣) ٠ ولكن القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ جعل هذا الحل بقرار من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، على أن يبنغ هذا القرار للجمعية بخطاب موصى عليه بعلم وصول (م ٥٧/١و٢)٠ غير أن الوزير لا يملك تقرير الحل الا فى حالات محددة ذكرها القانون على سبيل الحصر وهى : (١) اذا ثبت عجز الجمعية عن تحقيق الأغراض التى أنشئت من أجلها ٠ (٢) اذا تصرفت فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لهاطبقا لأغراضها ٠ (٣) اذا تعذر انعقاد جمعيتها العمومية عامين متتاليين ٠ (٤) اذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو خالفت النظام العام أو الآداب (م ١/٥٧)٠ ولكن يظل من حق الجمعية ومن حق كل ذى شأن الطعن فى قرار الحل أمام محكمة القضاء الادارى ، ويوجب المشرع على المحكمة الفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات (م ٣/٥٧) ٠

٣٥٣ - تصفية الجمعية

اذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا اجباريا ، فتدخل دور التصفية التى يقوم بها مصف تعينه الجهة التى أصدرت قرار الحل

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٢٥ ٠

(٢) انظر سابقا ، ص ٦٦٥ ٠

(٣) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٨٧ و ٩٨٨ ٠

(م ٥٩) ، أي تعينه الجمعية العمومية في حال الحل الاختياري ووزير الشئون الاجتماعية في حال الحل الاجباري . وينبغي - قياسا على المقرر في شأن الشركات - الابقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية ، ولكن في حدود حاجات التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها فحسب كما سبق البيان(١) ، واعتبار المصفي ممثلا لها في هذه الحدود .

وبعد تمام التصفية ، يقوم المصفي بتوزيع ما تبقى من أموال الجمعية وفقا لما هو مقرر في نظامها وبما لا يتعارض مع أحكام القانون الآمرة . ومن هذه الأحكام أنه « لا يجوز أن ينص في نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل الا الى الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التي تعمل في ميدان عمل الجمعية المنحلة » (م ٥) ، مما يعني عدم جواز النص على أيلولة أموالها عند الحل الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم . وحكمة ذلك واضحه ، لأن الأصل في وجود الجمعيات ليس هو تحقيق ربح للأعضاء . فضلا عن أن مواردها تجمع في الغالب من حصيلة التبرعات والاعانات فيجب أن لا يكون مصدرا لاثراء الأعضاء . ولكن اذا انتفت هذه الحكمة - وهو ما يتحقق في شأن المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات (م ٥/٣) ، وفي شأن حصص الجمعيات التعاونية (م ٥٥من قانون الجمعيات التعاونية رقم٣١٧ لسنة ١٩٥٦) - فليس ما يمنع من النص في نظام الجمعية على أيلولة هذه الأموال أو تلك الحصص الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم .

واذا لم يوجد في نظام الجمعية نص صحيح واجب التنفيذ على كيفية توزيع المتبقي من أموالها ، أو وجد ولكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة ، وجب على الجهة الادارية - وهي المجلس التنفيذي للمحافظة - أن يقرر - بعد أخذ رأي الاتحادات المختصة - توجيه أموال الجمعية المنحلة الى الهيئات الاجتماعية التي تراها (م ٢/٦٠ ، و م ٢/٥٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ في شأن الحكم المحلي) .

---

(١) انظر سابقا ، ص ٦٦٧ .

٣٥٤ ـ الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة

من الجمعيات ما يتمحض غرضه للصالح والنفع العام ، مما يبرر معاملتها معاملة ممتازة رعاية لهذا الغرض ، بالتمكين لها من تمام القدرة على تحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة واعفائها من بعض ما يرد من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام ، واعطاء السلطة الادارية ـ مقابل ذلك ـ قسطا من الاشراف والهيمنة عليها أكبر مما لها من ذلك على الجمعيات العادية . وهذه الجمعيات كانت معروفة دائما فى القانون المصرى باسم الجمعيات ذات النفع العام ، ولكن المشرع أصبح يسميها اليوم « الجمعيات ذات الصفة العامة » .

وواضح أن اخضاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضى القطع فى حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة . ، وهو أمر يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية ، ولذلك ينص المشرع على أن « تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك . كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب الصفة العامة من الجمعية » (م ٦٣) . غير أن سحب الصفة العامة من الجمعية لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية ، بل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات الصفة العامة واعادة اخضاعها للنظام العادى للجمعيات عموما .

والجمعيات التى يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات الصفة العامة ، تظل ـ رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة ـ من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، فلا تعد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة .

(١) **امتيازات الجمعيات ذات الصفة العامة** : تتمتع الجمعيات ذات الصفة العامة ـ بالنظر الى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة ـ بنوعين هامين من الامتيازات :

١ - تعتبر هذه الجمعيات مستثناة من قيود الأهلية المتعلقة بتملك الأموال والعقارات (م ٦٥) ، فتستطيع أن تتملك أو تكتسب حقوقا على العقارات ولو كانت مجاوزة للقدر الضرورى لتحقيق غرضها ٠

٢ - تتمتع هذه الجمعيات ببعض اختصاصات وامتيازات السلطة العامة ، كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة ، وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التى تقوم بها الجمعية ٠ ويحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات الصفة العامة من هذه الاختصاصات والامتيازات (م ٦٤)(١) ٠

(٢) سلطة الادارة فى الاشراف على الجمعيات ذات الصفة العامة :

اذا كانت الجمعيات ذات الصفة العامة تتمتع ببعض مزايا واختصاصات السلطة العامة ، فيجب أن يقابل ذلك خضوعها لاشراف ورقابة ادارية أشد من سائر الجمعيات العادية ٠ ولذلك أعطى المشرع لجهة الادارة المختصة - وهى المحافظ(٢) - الرقابة على تشكيل مجالس ادارة هذه الجمعيات وهيئاتها

---

(١) وقد أعطيت خصائص السلطة العامة الثلاث المذكورة فى هذا النص بقرار رئيس الجمهورية الصادر فى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٧ باعتبار الجمعيات الآتية ذات نفع عام : اللجنة العليا لمعونة الشتاء وفروعها وجمعية الهلال الأحمر بالقاهرة والاسكندرية ، وجمعيه الاسعاف العام الأهلية فى جميع أنحاء الجمهورية . والجمعية العامة لمكافحة الدرن بالقاهرة ، والجمعية النسائية لتحسين الصحة ، وجمعية المبرة وفروعها ، والجمعية الخيريه الاسلامية بالقاهرة . وجمعية المواساة الاسلامية بالقاهرة ، ورابطة الاصلاح الاجتماعى بالقاهرة ، وجمعيه المواساة الاسلامية بالاسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالاسكندرية ، وجمعية العروة الوثقى بالاسكندرية ، ومبرة الاسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالاسكندرية ، وجمعية أولادى بالمعادى (النشرة التشريعية ، فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٣٦٢) ٠ وصدر كذلك قرار ثان من رئيس الجمهورية فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٧ باعتبار سبع وستين جمعية اخرى جمعيات ذات نفع عام ، وفوض وزير الشئون الاجتماعية فى أن يعين - بقرار منه - ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة (النشرة التشريعية ،نوفمبر سنة ١٩٥٧ . ص ١٩٢٧)٠ ثم كذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٧٦ لسنة ١٩٦٠ باعتبار ثلاث جمعيات من الجمعيات ذات النفع العام ومن بينها الهيئة العليا لسباق الخيل بالقاهرة ، وخول وزير الشئون الاجتماعية سلطة تعيين ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة ٠

(٢) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار الجمهورى رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ ٠

التنفيذية ، باستبعـاد من ترى استبعاده من المرشحين لانتخاباتهـا(١) ، والاشراف على هذه الانتخابات ، والغاء الانتخاب(٢) الذى يقع مخالفا لنظام الجمعية أو للقانون (م ٥٥) ٠

الوجه الثانى

مجموعات الأموال

٣٥٥ - تمهيد وتقسيم

يقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخـاص الاعتبارية التى تتألف من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين ٠ وقد كانت الأوقاف الى قريب هى الصورة الوحيدة التقليدية فى مصر لمثل هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية. اذ حجب انتشار الوقف فى مصر وتأصله فيهـا منذ قديم ، كنظام تقليدى مستقر ، وأخر طويلا ظهور صور أخرى الى جواره من مجموعات الأموال ذات الشخصية الاعتبارية ٠ غير أن ما أحاط نظام الوقف فى العمـل من جمـود وما اتسمت به ادارته من فساد ، صرف كثيرا من النـاس - فى تحقيق ما يريدون من أغراض البر - عن سـلوك طريق الوقف ، واضطرهم - لذلـك ولعدم اتساع صورة الوقف لبعض أغراض النفع العام التى لا تحمـل معنى البر(٣) - الى سلوك طرق غير مباشرة كالهبة للحكومة أو طرق غـير مناسبة كانشاء جمعيات لتحقيق هذه الأغراض ٠ من أجـل ذلك لم يجـد المشرع المصرى بدا من انشاء صورة جديدة من صور مجموعات الأموال ذات الشخصية

---

(١) يجب ابلاغ الجهـات المختصة بأسماء المرشحين قبل موعد اجراء الانتخابات بثلاثين يوما على الأقل ٠ ولهذه الجهة استبعاد من تراه وابلاغ ذلك الى الجمعية قبـل موعد الانتخـاب بسبعة أيام ، والا اعتبر سكوتها عن عدم الاعتراض خلال هذه المهلة موافقة منها على الترشيح (م ٥٥) ٠

(٢) يتم الالغاء بقرار مسبب تصدره الجهة الادارية المختصـة خلال خمسة عشر يوما من ابلاغها بمحضر الانتخاب (م ٥٥/٢) ٠

(٣) كمشروع القرش (أنظر فى امتناع اخراجه مخرج الوقف : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٠ ، ص ٣٦٢) ٠

الاعتبارية الى جوار الوقف ، واختار لذلك الصورة المعروفة والمنتشرة فى كثير من الشرائع الحديثة وهى صورة « المؤسسة » ·

(١) الأوقاف

٣٥٦ - شخصية الوقف الاعتبارية

الوقف هو حبس العين عن التصرف أو عن التمليك لأحد من العباد ورصد منفعتها - على سبيل التأقيت أو التأبيد - على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء · وقد تأصل نظام الوقف فى الفقه الاسلامى ، وشاع الالتجاء اليه منذ أول العهد الاسلامى فى البلاد الاسلامية وفى مصر منها خاصة ، لما يحمله من معنى التصدق المندوب اليه ديانة ·

وقد كان ثبوت الشخصية الاعتبارية للوقف محل شك ، أمام عدم وجود نص صريح أول الأمر فى القانون المصرى ، وأمام افتقاد نظرية للشخصية الاعتبارية فى الفقه الاسلامى · ولكن الواقع أن هذا الفقه يحتوى على بعض أحكام فرعية لا يمكن حملها الا على محمل الاعتراف لبعض الجهات بصلاحية بوجوب الحقوق والالتزامات ، مما يعنى وجود أساس صالح لفكرة الشخصية الاعتبارية فى هذا الفقه(١) · وفضلا عن ذلك ، ففى أحكام الوقف الفرعية خاصة ما يؤكد صلاحيته - فى نظر الفقه الاسلامى - للوجوب له وعليه ويثبت له الذمة أو الشخصية ، اذ ثابت له - بمقتضى هذه الأحكام - انفصاله واستقلاله عن شخصية الواقف وشخصية الناظر وشخصيات المستحقين ، واسناد الالتزامات والحقوق اليه بذاته لا الى أحد من هؤلاء ، كتحمله بالدين فى أحوال الاستدانة الصحيحة ، وحقه فى الضمان عن استهلاك ماله أو اغتصاب أعيانه وحقه فى ملكية ما يشترى من فائض غلته(٢) ·

---

(١) أنظر فى ذلك :

محمد فرج السنهورى ، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامى ، ج ٣ ، قانون الوقف ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٣ · - وكتابنا سالف الذكر ، ص ٨٦٤ - ٨٦٥ ، و ٩٩٤ - ٩٩٥ ·

(٢) أنظر فى تأكيد الشخصية الاعتبارية للوقف فى نظر الفقه الاسلامى : محمد فرج السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و ٨٢٥ ·

ولذلك لم يكن غريبا أن يستقر القضاء المصري على اعتبار الوقف شخصا من الأشخاص الاعتبارية(١) ، وأن يعتبر ناظره نائبا عن الوقف لا عن المستحقين . وقد أحسن المشرع المصري من بعد باقرار هذا الاتجاه المحمود الذي يتفق وحقيقة الواقع من نظرة الفقه الاسلامي الى الوقف ، اذ نص صراحة في التقنين المدني الحالي على احتساب الأوقاف من طوائف الأشخاص الاعتبارية (م ٥٢/٣) .

ويخضع الوقف في تنظيمه وأحكامه أساسا للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة له ، وللراجح من مذهب أبي حنيفة فيما لا تعرض له هذه القوانين من مسائل . وليس هذا مجال عرض أحكام الوقف ، فانما يعنينا الكلام فيه في هذا المقام بوصفه شخصا اعتباريا .

وتبدأ شخصيته الاعتبارية بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام القانون ، اذ هو من طوائف الأشخاص الاعتبارية التي يغني الاعتراف العام في شأنها دون اعتراف خاص ، ويتم نشوء الوقف وتكوينه باشهاد لدى المحكمة(٢) وقيده في دفاترها .

وتنتهي شخصية الوقف انتهاء طبيعيا بانتهاء المدة المعينة له ان كان مؤقتا ، أو بانقراض الموقوف عليهم (م ١٦ من قانون الوقف) . ويعود الوقف ملكا للواقف اذا كان حيا ، والا فلورثته الموجودين وقت وفاته ، والا كان للخزانة العامة (م ١٧) . وتنتهي هذه الشخصية بحكم من المحكمة - بناء على طلب ذوي الشأن - اذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ، ولم يمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا في الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتا طويلا(٣) ، ويصير

---

(١) السيدة زينب الجزئية ، ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ ، المحاماة ٢/١٦٢/٤٨٣ . استئناف مختلط ، ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ ، المحاماة ٥/٤٠٠/٤٧١ . نقض ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ .

(٢) اذا كان الموقوف عقارا ، فيجب تسجيل الاشهاد المذكور في سجلات الشهر العقاري .

(٣) وكذلك يمكن - بقرار من المحكمة - انهاء الوقف جزئيا في نصيب أي مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا (م ١٨) .

ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف ان كان حيا ، والا فلمستحقه وقت الحكم بانهائه (م ١٨) .

٣٥٧ - مصير نظام الوقف

اذا كان نظام الوقف قد رسخت أقدامه وشاع العمل به في مصر منذ قرون عديدة ، الا أن تطور الأوضاع الاقتصادية في العصر الحديث قد كشف عن جمود هذا النظام بعرقلته تداول الأموال واستغلالها على النحو المثمر المفيد ، مما انعكس معه القصد منه فتضاءلت ثمراته على نحو جعل نصيب الفقراء والمستحقين فيه تافها عديم الجدوى ، فضلا عما كان لسوء ادارته من يد طولى في تخريب أعيانه ونهب ثمراته وتضييع أغراضه . من أجل ذلك ، عمت الشكوى من سوء حال الأوقاف ، وارتفعت الدعوة الى انهائها وحلها . وقد وجد المشرع المصرى ، في صدور قانون الاصلاح الزراعى المحدد لملكية الأراضى الزراعية بما لا يزيد على نصاب معين ، فرصة سانحة للتدخل تدخلا حاسما - وان كان جزئيا - بالبتر بعد أن استعصى العلاج . فقضى بالغاء الوقف على غير الخيرات وهو المعروف بالوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وبذلك انكمش وضاق نطاق الوقف الى حد الانحصار في الوقف الخيرى وحده الذى يكون مصرفه في الحال خالصا لجهة من جهات البر . وفي شأن هذا الوقف ، تدخل المشرع كذلك للتوقى من مساوىء ادارته المزمنة ومن جمود نظامه ، فجعل الولاية عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه(١) ، وأجاز لوزير الأوقاف - بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى واجازة المحكمة - اهدار شرط الواقف وصرف ريع الوقف كله أو بعضه على جهة بر أخرى تكون أولى من الجهة التى عينها الواقف(٢) . واذا كانت هذه الأحكام تستجيب لدواعى الاصلاح والعلاج الواجبة ، فيبدو أنها تكاد تحمل الأفراد على الاحجام عن سلوك طريق الوقف وتكاد تقضى بالتالى على البقية الباقية

---

(١) م ٢ من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ المعدلة بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) المادة الأولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

منه(١) . وبخاصة بعد استحداث القانون المصرى نظام المؤسسات الخاصة .

(٢) المؤسسات الخاصة

٣٥٨ - تمهيد

سبق أن أشرنا الى أن قيام نظام الوقف واستقراره فى مصر منذ بعيد كان سببا فى تأخير ظهور المؤسسات الخاصة فيها . فلم يتم ادخال صورة المؤسسة الا على يد التقنين المدنى الحالى الذى عنى بتنظيم أحكامها فى المواد من ٦٩ الى ٧٨ منه . وقد رأى المشرع من بعد - بمناسبة اعادة تنظيم وجمع أحكام الجمعيات - أن يعيد تنظيم أحكام المؤسسات كذلك - فأصدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ جامعا لأحكام الجمعيات والمؤسسات التى سماها « المؤسسات الخاصة » تمييزا لها عن « المؤسسات العامة » ، وناسخا بذلك ما كان يحكمها من مواد التقنين المدنى . وقد تم من بعد الغاء هذا القانون واحلال القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ محله ، وهو الذى نعرض لأحكامه فى تنظيم المؤسسات الخاصة فيما يلى :

٣٥٩ - مقومات المؤسسات الخاصة

المؤسسة الخاصة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية والنفع العام ، دون قصد الى ربح مادى (م ٦٩) . ومن هذا التعريف ، تتبين أركان ومقومات المؤسسة الخاصة الآتية :

١ - تقوم المؤسسة أساسا على مال او مجموعة من الأموال كالوقف ، وليس على تجمع جماعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية ، فقد يكون منشئوها واحدا ، وقد يكون لها منشئون عدة ومع ذلك فهم لا يدخلون فى

---

(١) محمد مصطفى شلبى ، الوقف والوصية بين الفقه والقانون ، ١٩٥٨ ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

تكوينها كأعضاء فيها بل ينتهي دورهم برصد ما يخصصون من مال أو أموال على تحقيق الغرض المقصود ٠

٢ ـ تستهدف المؤسسة تحقيق **غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام** ، دون أي قصد الى تحقيق ربح مادي ٠ وبذلك تتميز المؤسسة أساسا عن الشركة التي تستهدف الربح المادي ٠ واذا كانت المؤسسة تتفق وتشترك مع الجمعية في استبعاد استهداف تحقيق الربح ، الا أنهما يفترقان مع ذلك في نوع ما يصلحان لتحقيقه من أغراض، اذ لا تصلح المؤسسة الا لتحقيق أغراض ومصالح عامة ، بينما تصلح الجمعية لتحقيق أغراض ومصالح عامة أو خاصة على السواء ٠ واذا كانت المؤسسة كذلك تتفق مع الوقف ـ منذ الغاء الوقف الأهلي(١) ـ في استهداف تحقيق غرض عام من أغراض البر ، الا أن أغراض المؤسسة تجاوز بعد ذلك غرض الوقف ، لأنها تتسع لتحقيق النفع العام الذى قد لا يحمل معنى تحقيق البر ٠

٣ ـ تنشأ المؤسسة **لمدة غير معينة** ، فلا يجوز تحديدها بمدة مؤقتة معلومة ، وهي في ذلك تختلف عن الوقف الذى يجوز أن يكون مؤقتا أو مؤبدا ٠

٣٦٠ ـ انشاء المؤسسة الخاصة وبدء شخصيتها

يتحقق انشاء المؤسسة بارادة منشئها اذا كان واحداً أو منشئيها اذا كانوا عدة ، سواء كان انشاء حالا توجد به المؤسسة في حياته أو حياتهم ، أو كان مضافا الى ما بعد الموت لا توجد به الا بعد وفاته أو وفاتهم ٠ ويتطلب المشرع أن يتم الانشاء بسند رسمي اذا كان حالا ، واذا كان مضافا الى ما بعد

---

(١) كان من شأن وجود الوقف الأهلي امكان تحقيق غرض خاص لا تتسع له المؤسسة ، كرصد الشخص مالا على تعليم أفراد أسرته ٠ أما اليوم وبعد أن ألغي الوقف الأهلي ، فلا يتأتى اعطاء هذا المال الشخصية الاعتبارية الا عن طريق اعتراف خاص من المشرع (أنظر : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨) ، أو بسلوك طريق غير مباشر بتكوين جمعية ، وهو غير متيسر في كل الأحوال ٠

الموت فيتم عن طريق الوصية دون اشتراط رسميتها . اذ ينص على ان « يكون انشاء المؤسسة بسند رسمي أو وصية » (م ٧٠/١) .

ويعتبر انشاء المؤسسة ، بالنسبة الى دائني المنشيء وورثته ، تصرفا على سبيل التبرع من جانب المنشيء(١) ، فيخضع لما يخضع له هذا النوع من التصرفات من أحكام(٢) .

ويعتبر السند الرسمي أو الوصية بانشاء المؤسسة دستورها ، ولذلك يجب أن يشتمل على البيانات الأساسية المتعلقة بها وهي : اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافي ، ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز في « جمهورية مصر العربية » ، والغرض من انشائها ، وبيان للأموال المخصصة له ، ونظام ادارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها (م ٧٠/٢) . وفضلا عن ذلك يجب أن يشتمل سند المؤسسة على البيانات الأخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة الادارية المختصة (م ٧٠/٣) .

واذا كان انشاء المؤسسة يتم من جانب المنشيء وبارادته وحده ، فمقتضى ذلك في الأصل امكان رجوعه في هذا الانشاء . وظاهر أن الانشاء اذا كان بوصية ، فمقتضى القواعد العامة ـ باعتبار الوصية غير ملزمة للموصي الا بموته ـ امكان رجوع المنشيء عن المؤسسة في أي وقت قبل موته(٣) ، فلا

---

(١) ينص المشرع على أن « يعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائني المنشيء وورثته بمثابة هبة أو وصية .. » (م ٧١) . ولكن من الواضح أنه غير صحيح وصف انشاء المؤسسة بأنه هبة لأن الهبة عقد يتطلب الايجاب والقبول ، ولا يتصور القبول من المؤسسة التي لم تنشأ بعد ، بل ولا حاجة للقبول لنشوء المؤسسة اذ تكفي لذلك ارادة المنشيء وحده (أنظر : عبد الحي حجازي ، ص ١٨٩ ـ ١٩٠ . ـ اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩) .

(٢) فيجوز لدائنيه الطعن في هذا التصرف ومنع نفاذه في حقهم اذا توافرت شرائط الدعوى البولصية (م ٢٣٨ مدني) . ولا ينفذ هذا التصرف في حق الورثة ـ اذا كان وصية أو في حكمها ـ فيما زاد على ثلث التركة الا باجازتهم .

(٣) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، ص ٣٦٤ . ـ شمس الدين الوكيل ، ص ١٢٣ . ـ جميل الشرقاوي ، ص ١٧٦ و ١٧٧ . ـ اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩ . ـ عبد المنعم البدراوي ، ص ٧٢٧ .

وقارن مع ذلك :

شفيق شحاته ، هامش ص ١٣٧ . ـ عبد الحي حجازي ، ص ١٨٩ . ـ محمد سامي مدكور ، ص ١٥٦ .

توجد المؤسسة الموصى بها اذن الا بموت منشئها مصرا عليها . أما اذا كان انشاء المؤسسة حالا بسند رسمى ، فيجوز لمنشئها العدول عنها بسند رسمى آخر بشرط أن يتم هذا العدول قبل شهر المؤسسة (م ٧٢) .

وكما هو الشأن في الجمعيات لا تثبت الشخصية للمؤسسة الا بشهر نظامها (م ٧٣) وابتداء من هذا الشهر ، وذلك فى مواجهة الكافة . ويتم شهر المؤسسة ، بناء على طلب منشئها أو أول مدير لها أو الجهة الادارية المختصة بالاشراف على المؤسسة ، طبقا للأحكام المقررة لشهر الجمعيات (م ٧٤) .

وقد كان المشرع فى التقنين المدنى يجعل انشاء المؤسسة فى الأصل حرا دون رقابة ابتدائية عليه من قبل الدولة أو السلطة التنفيذية فيها بوجه أخص . ولكنه عدل من بعد عن ذلك ، فأخضع الانشاء لمثل هذه الرقابة(١) ، اذ نص على أن « للجهة الادارية المختصة ، بعد أخذ رأى الاتحاد ، الاعتراض على انشاء المؤسسات » (م ٧٥) . ولكنه أحسن بتحديد الأسباب المبررة للاعتراض على انشاء المؤسسة ، حتى لا تنقلب سلطة الاعتراض الى سلطة تحكمية من جانب الجهة الادارية ، وحتى يمكن للقضاء الادارى مراقبة قرارات الاعتراض للتأكد من سلامتها ومشروعيتها ،اذ نص على أن « (للمجلس التنفيذى للمحافظة(٢)) ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، الاعتراض على انشاء المؤسسات اذا تبين أنها تسعى الى أغراض لا تدخل فى نطاق أوجه النشاط الأكثر حاجة الى الرعاية بالنسبة الى منطقة عملها أو لا تدخل فى نطاق ميادين الخدمة الوارد بيانها بهذه اللائحة » (م ١/٣٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) ، وذلك تفاديا لبعثرة الجهود وتخيرا للأصلح والأحوج لكل منطقة .

---

(١) أنظر فى موقف التشريعات المختلفة وتراوحها بين مبدأ حرية انشاء المؤسسات رمبدأ رقابته :

Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, 1937, t. III, les fondations.

(٢) حل هذا المجلس محل « مجلس المحافظة » القديم الذى يشير اليه النص (م ٦/٥٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحلى) .

٣٦١ ـ مدى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها

(١) قيود أهلية وجوب المؤسسة : واضح أن المؤسسة تتقيد أهلية وجوبها بما تتقيد به أهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام ، فلا تثبت لها الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية ، ويقتصر ما يسند اليها من حقوق والتزامات على المتعلق منها بغرضها المحدد فحسب دون غيره من الاغراض خضوعا لمبدأ التخصص الذى سبقت الاشارة اليه ٠

وفضلا عن هذه القيود العامة التى تحد من أهلية وجوب المؤسسات والاشخاص الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع المؤسسات الخاصة كذلك بقيد خاص ، اذ نص على أنه « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا أو الهبات الا باذن من الجهة الادارية المختصة » (م ٧٨) ، وذلك لضمان عدم انطواء مثل هذه الوصايا والهبات على شروط متعارضة مع غرض المؤسسة الأصلى أو من شأنها اخراج المؤسسة عن هذا الغرض ٠

ولكن لا يرد على أهلية وجوب المؤسسات ـ كما سبق البيان ـ مثل ما يرد على أهلية وجوب الجمعيات من حظر تملك العقارات أو اكتساب حقوق عليها الا بالقدر الضرورى لتحقيق غرضها ٠ فتستطيع المؤسسات اذن أن تتملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو جاوزت فى ذلك هذا القدر الضرورى ٠

(٢) نشاط المؤسسة ورقابته : اذا كانت أهلية وجوب المؤسسة تتقيد بمبدأ التخصص ، فهى تتقيد به كذلك فى شأن نشاطها ككل شخص اعتبارى، فيجب عليها التزام حدود غرضها المحدد فيما تقوم به من نشاط ، دون أن تملك الخروج عليه بنشاط يحقق أساسا غرضا أو أغراضا أخرى ٠ ويتولى نشاطها مدير يقوم بادارتها وتمثيلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات (م ٧٦) ٠

وضمانا لالتزام المؤسسة فى نشاطها أحكام القانون وأحكام نظامها وكفالة لحسن ادارتها وتحقيق ما يستهدفه وجودها من غرض ، جعل القانون

للادارة سلطات واختصاصات واسعة فى رقابتها وفى تعديل نظامها على السواء ، (م ٧٥)(١) .

١ — ففيما يتعلق بالرقابة ، أعطى القانون لجهة الادارة المختصة سلطات رئيسية ثلاث هى :

(١) لجهة الادارة المختصة — وهى مديرية الشئون الاجتماعية المختصة(٢) — سلطة الاعتراض على أى تصرف مالى — يجريه مدير المؤسسة أو مجلس ادارتها خلال شهر من تاريخ اخطارها به(٣) . فاذا لم تعترض خلال تلك المدة، اعتبر التصرف نافذا (م ٨٠) .

(٢) لجهة الادارة المختصة — والمقصود بها هنا المحافظ(٤) — سلطة عزل المديرين الذين يثبت اهمالهم فى الادارة ، أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة ، أو الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لا يتفق مع أغراضها أو قصد منشئها ، أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر ، أو لاعتبارات قومية . وتقوم هذه الجهة بتعيين من يحل محلهم فى ادارتها (م ٧٩/١) .

(٣) لجهة الادارة المختصة — وهى المجلس التنفيذى للمحافظة(٥) — وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون المؤسسة يكون مخالفا للقانون أو لنظام المؤسسة العام أو للآداب (م ٣٣/١ و ٨١)(٦) .

---

(١) وذلك على خلاف ما كان يقرره التقنين المدنى (م ٧٦) من اعطاء هذه السلطات والاختصاصات للمحكمة بناء على طلب تقدمه جهة الادارة المختصة .

(٢) م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية للجمعيات والمؤسسات الخاصة ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ .

(٣) يجب أن يتم الاخطار خلال أسبوع من تاريخ اجراء التصرف (م ٨٠) .

(٤) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .

(٥) م ٤٤/ب من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر ، و م ٥٦/٢ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحلى .

(٦) وللمؤسسة ولكل ذى شأن أن يطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الادارى ، وعلى المحكمة أن تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال (م ٢٣/٢ و م ٨١ من القانون) .

وفضلا عما تقدم من سلطات الرقابة فى شأن المؤسسات عموما: فالمجلس التنفيذى للمحافظة سلطة تعيين ممثل أو أكثر لمديرية الشئون الاجتماعية فى مجلس ادارة المؤسسات التى تنشأ بمال جمع كله أو بعضه من الجمهور (م ٣٦/٢ من اللائحة التنفيذية و م ٥٦/٢ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحلى) .

٢ - وفيما يتعلق بتعديل نظام المؤسسة ، أعطى القانون جهة الادارة المختصة وهى المحافظ(١) - سلطة تخفيف أو الغاء كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة فى سند انشائها ، اذا كان ذلك لازما للمحافظة على أموال المؤسسة أو لتحقيق الغرض من انشائها (م ٧٩) .

٣٦٢ - انقضاء المؤسسة

اذا كانت الجمعية أو الشركة تنقضى بالحل الاختيارى والحل والاجبارى على السواء ، فواضح أنه لا يتصور انقضاء المؤسسة الا عن طريق الحل الاجبارى وحده دون الحل الاختيارى لأنها مجرد مجموعة أموال وليست بجماعة أشخاص .

ويقرر القانون أنه يسرى على المؤسسة من حيث حلها وتصفيتها ما يسرى على الجمعيات من أحكام (م ٨١) ، مما يعنى أن مثل هذا الحل يصدر به قرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص وذلك فى حالة عجز المؤسسة عن تحقيق أغراضها ، أو تصرفها فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقا لأغراضها ، أو ارتكابها مخالفة جسيمة للقانون أو مخالفتها النظام العام أو الآداب (م ٥٧) .

وتجرى التصفية وفق الأحكام المقررة فى سند انشاء المؤسسة ، والا وجب على الجهة الادارية - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة - أن تقرر توجيه أموال المؤسسة المنحلة الى الهيئة الاجتماعية التى تراها (م ٦٠/٢ و م٨١) .

---

(١) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .

الباب الثانى

محل الحق

٣٦٣ ـ تمهيد وتقسيم

اذا كان للحق صاحب هو الشخص ، فله كذلك محل . وفى هذا الصدد ينبغى اجتناب الخلط بين « محل الحق » وبين « مضمون الحق »(١) . فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التى يعطيها الحق ويخولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق ـ بمضمونه هذا ـ من شىء أو عمل . فمضمون حق الملكية مثلا هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينما يعتبر الشىء الذى تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق .

ومحل الحق ـ كما سبق البيان ـ قد يكون شيئا وقد يكون عملا . والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أشياء هو الحق العينى الذى يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شىء مادى ، وكذلك فالحق الذهنى محله شىء من الأشياء وان كان شيئا معنويا غير مادى هو الحق الذهنى أو الفكرى . والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أعمال هو الحق الشخصى أو حق الدائنية ، اذ هو سلطة للدائن فى اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبيا .

فنقسم الكلام فى محل الحق اذن الى فصلين :

الفصل الأول ـ فى الأشياء .

الفصل الثانى ـ فى الأعمال .

---

(١) فى هذا المعنى :
Dabin, pp. 168 – 169.

الفصل الأول

الأشـياء

٣٦٤ ـ مدلول الشيء ، وتمييزه عن المـال

المقصود أصلا بالشيء كل ما لا يعد شخصا ، ويكـون له كيـان ذاتى منفصل عن الانسان(١) سواء كان هذا الكيان ماديا يدرك بالحس أو معنويا لا يدرك الا بالتصور ، ولذلك فالشيء اما مادى أو معنوى . ومن أمثلة الأشياء المعنوية المصنفات الفكرية والاختراعات القـابلة للاستغلال الصناعى والتى يحميها القانون بمنح براءات بها ، والعلامات والبيانات والأسماء والعنـاوين التجارية ، وأسماء الأشخاص الطبيعيين ، والمحل التجـارى Le fonds de commerce الذى ينظر اليه فى مجموعه كشيء معنوى مجرد له كيانه الذاتى المستقل عن العناصر المكونة له(٢) .

واذا كان الشيء ـ ماديا أو معنويا ـ يصلح على هذا النحو محلا للحق ، فقد سبق أن رأينا أنه ليس محلا لكافة أنواع الحقوق وانما هو محـل لبعضها دون البعض . فهو يصلح محـلا للحقوق القائمة على أسـاس من روابط التسلط ، لأن التسلط لا يتصور منصبا الا على الأشياء ، ولذلك يصلح الشيء محلا للحق العينى وللحق الذهنى ولبعض حقوق الشخصية كالحق فى الاسم ،

---

(١) ولذلك لا تعتبر أشياء أجزاء الجسم الانسانى وأعضاؤه طالما لم تنفصـل عنه . فاذا انفصلت عنه وأصبح لها كيان ذاتى مستقل ، أمكن النظر اليهـا حينئذ بوصفها اشياء ومحـلا للحقوق (أنظر سابقا ، متن وهامش «١» ص ٤٥٠) .

(٢) والنظر الى « المحل التجارى » كمجموع مستقل عن عناصره ، مرده الى تخصيص هـذه العناصر بغرض مشترك وتجمعها حول تحقيق هذا الغرض . ويؤدى ذلك الى اخضـاع « المحل التجارى » كمجموع معنوى لنظام قانونى مستقل ومختلف عن النظـام القانونى الذى يخضع له كل عنصر من عناصره على حدة ، والى اعتباره فى مجموعه كذلك محلا لتصرفات قانونية كالبيـع والرهن والايجار (أنظر فى عناصر المحـل التجـارى وأحكامه : مصطفى كمـال طه ، ج ١ ، فقرة ٧٦٣ وما بعدها) .

ومع مراعاة أن محـــل الحق العيني هو الشيء المادي ، ومحل الحـق الذهني والحق في الاسم هو الشيء المعنوي ٠ أما الحقوق التي تقوم على أســــاس من روابط الاقتضاء ، كحق الدائنية ، فمحلها هو العمل لا الشيء ، حتى ولو كان الغرض من اقتضاء العمل هو الحصول على شيء من الأشياء ٠

وينبغي عدم الخلط بين « الشيء » و « المال » ٠ ذلك أن « المال » يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المالية(١) ، أيا كان نوعه ، وأيا كان محله شيئا أو عملا ، وبذلك يعتبر مالا الحق العيني والحق الذهني في وجهه المالي وحق الدائنية ٠ أما « الشيء » ، فيقصد به الدلالة على ما يصلح محـلا مباشرا للحقوق التي تخـول التسلط أو موضـوعا لمحـل الحقـوق التي تخـــول الاقتضاء(٢) ٠

٣٦٥ - الأشياء المـادية ، مقوماتها وتقسيماتها

قلنا ان الشيء المادي هو محل الحق العيني ٠ ولكن ليست كل الأشياء المادية محلا صالحا للحق العيني ، بل ينبغي - لصلاحيتها لذلك - أن تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون (م ١/٨١ مدني) ٠ وهي تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها اذا كانت قابلـة للحيازة والاحراز على سبيل الاستئثار والانفراد (م ٢/٨١ مدني) ٠ أما الأشـــياء التي لا تقبل الاستئثار بحيازتها - كالمياه في البحار ، وأشعة الشمس وضوء القمر في الكون ، والهواء في الجو - فتعتبر ، رغم ماديتها ، خارجـــة عن التعامل بطبيعتها ولا تصلح محلا للحق العيني ٠ غير أن هذه الأشـــياء اذا انفصلت أجزاء منها عن أصلها ومحل وجودها وأمكن بذلك احرازها وحيازتها، تصبح قابلة لأن تكون محلا للحق العيني ، مثل كمية من الهواء تضغط في وعاء أو كمية من ماء البحر تحجز في اناء ٠

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني المصري الحالي ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٥٧ ٠

(٢) وقد بصر المشرع المصري بهذا التمييز الأساسي بين الشيء والمال ، فأورد في الفصـــل الثالث من الباب التمهيدي للتقنين المدني الحالي تقسيمات للأشياء واخرى للأموال ٠ ونص - في مجال المقابلة بين الأشياء والأموال - على اعتبار الأولى محلا للثانية (م ١/٨١) ٠

(م ٤٥ - المدخل الى القانون)

وقد تكون الأشياء المادية قابلة بحسب طبيعتها للحيازة والاحراز على سبيل الاستئثار والانفراد ، ومع ذلك لا تصلح محلا للحق العينى ، اذا اعتبرها القانون حكما غير قابلة للاحراز بتحريمه حيازتها والتعامل فيها(١) كالمخدرات بأنواعها(٢) .

وتقسم الأشياء المادية تقسيمات عدة ، في طليعتها من حيث الأهمية التقسيم الرئيسى الى عقارات ومنقولات ، والى جواره يوجد تقسيمان آخران للأشياء الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك والى مثلية وقيمية . فنبحث فيما يلى بايجاز(٣) كل تقسيم منها في مبحث على حدة .

المبحث الأول

العقارات والمنقولات

٣٦٦ — أساس التقسيم ، واهميته

تقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات . وقد عنى القانون المصرى بالنص على هذا التقسيم بقوله « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » (م ٢/٨٢ مدنى) . وهذا التقسيم على هذا النحو تقسيم

---

(١) أنظر فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار الأشياء أو الأموال العامة خارجة عن التعامل بحكم القانون ، وفى مناقشة ذلك ورفضه : كتابنا الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، أحكام حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، ص ٥٨ و ٥٩ .

(٢) ولا يغير من ذلك اجازة التعامل استثناء فى هذه الأشياء ، كاجازة بيع المخدرات لأغراض طبية (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٤٦٠) .

(٣) اما تفصيل هذه التقسيمات فمجاله عند دراسة الحقوق العينية ، اذ هى تقسيمات للأشياء المادية باعتبارها محلا للحق العينى ، وهذا ما جرينا عليه عند دراسة الحقوق العينية الأصلية ، اذ عرضنا بالتفصيل لهذه التقسيمات (راجع فى ذلك : كتابنا فى احكام الملكية سالف الذكر ، فقرات ٣٣ — ٤٠ ، ص ٦٨ — ١٢١ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٨ ، فقرات ٣ — ٤٢ ، ص ١٠ — ٩٠) .

طبيعي يصدر عن اختلاف الطبيعة المادية للأشياء(١) وثبات البعض منها واستقراره في مكانه وتحرك البعض الآخر أو قابليته للحركة ، مما يسوغ اختلاف القواعد والنظم التي تحكم النوعين من الأشياء • ولذلك فان لهذا التقسيم أهمية كبيرة نعرض لبعض أوجهها البارزة فيما يلي :

(١) كان من المحتم ، أمام ثبات العقارات واستقرارها ، ضرورة اخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها انشاء أو نقل أو زوال حقوق عينية عليها أو الاحتجاج بها على الغير لاجراءات شهر معينة ، بحيث لا يتم شيء من ذلك الا باتمام هذه الاجراءات(٢) • أما مثل هذه التصرفات الواردة على منقولات . فمن العسير تصور اخضاعها لنظم شهر مماثلة أمام طبيعة المنقولات المتحركة غير المستقرة وسرعة تداولها بين الأيدي • وعلى ذلك ، فبينما تنتقل الملكية مثلا في المنقولات المعينة بالذات بمجرد التعاقد ، لا تنتقل الملكية في العقارات الا بالتسجيل •

(٢) ما دامت لا توجد اجراءات معينة تجعل تقرير الحقوق العينية على المنقولات أمرا مشهرا معلوما للكافة كما هي الحال في العقارات ، ونظرا لسرعة تداول المنقولات في الأيدي سرعة فائقة ، لم يكن بد من اعتبار الحيازة في المنقول سندا للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته • بينما الأمر يختلف عن ذلك في العقارات نظرا لامكان التثبت من الحقوق العينية المقررة عليها بالكشف عن ذلك في دفاتر التسجيل أو القيد ، ولذلك لا يكون لحيازة العقار من الأثر القانوني ما لحيازة المنقول ، بل يقع على الحائز دائما عبء اثبات السبب الصحيح لهذه الحيازة حتى يثبت حقه بمدة التقادم القصيرة وهي خمس سنين ، والا لم يثبت له هذا الحق الا بالمدة الطويلة وهي خمس عشرة سنة •

---

(١) أنظر في ذلك وفي رفض الأساس الاقتصادي للتقسيم الذي ينظر الى العقارات باعتبارها الأشياء ذات القيمة والمنقولات هي الأشياء الحقيرة أو التافهة القيمة : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٢٣ ، ص ٦٩ و ٧٠ •

(٢) هذه الاجراءات هي التسجيل اذا تعلق الأمر بحقوق عينية أصلية ، والقيد في شأن الحقوق العينية التبعية (م ٩ و ١٢ من قانون الشهر العقاري) •

(٣) اذا كان الحق العينى يخول صاحبه سلطة أو حق تتبع الشىء فى أى يد يوجد ، الا أن ذلك ليس بالمبدأ المطلق ، اذ يختلف الأمر فى شأنه باختلاف طبيعة هذا الشىء وهل هو عقار أو منقول • فالمبدأ مطلق فيما يتعلق بالعقار • ولكنه معطل كقاعدة عامة فى المنقول حيث تعتبر الحيازة فيه سندا للحائز يتمكن بمقتضاه من دفع كل تعرض له من قبل الغير •

وامتناع تتبع المنقولات دون العقارات يسمح بترتيب حقوق عينية تبعية على العقارات يستغنى فيها عن حيازتها اكتفاء بامكان تتبعها ، كما هو الشأن فى الرهن الرسمى وحق الاختصاص • بينما يحتاج الأمر عادة فى ترتيب حقوق عينية تبعية على المنقولات الى حيازة أصحاب هذه الحقوق لها خوفا من سهولة تهريبها واستحالة تتبعها من بعد تحت يد الحائز ، وهو ما يتضح فى صورة الرهن الحيازى •

(٤) ما دام العقار ثابتا ومستقرا فى مكان معين ، فيكون طبيعيا أن يتحدد الاختصاص المحلى فى الدعاوى العينية العقارية خاصة على أساس هذا المكان فتكون المحكمة المختصة فى شأنها أصلا هى المحكمة الواقع فى دائرتها العقار (م ١/٥٠ مرافعات جديد) • بينما المنقول يكون من العسير تحديد محله نظرا لحركته وكثرة تداوله بين الأيدى ، مما يستعصى معه اناطة الاختصاص المحلى فى الدعاوى المنقولة بهذا المحل ، ولذلك يجعل الاختصاص فى شأنها للمحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ مرافعات جديد) •

(٥) لا تكون الشفعة الا فى العقارات وحدها دون المنقولات (م ٩٣٥ مدنى) •

(٦) يفرق قانون المرافعات بين اجراءات الحجز على المنقول واجراءات التنفيذ على العقار ، فيجعل الأولى أكثر سرعة وأقل تعقيدا من الثانية •

(٧) يقيد القانون أهلية الجمعيات فى اكتساب الحقوق الواقعة على عقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت هذه الجمعيات من أجله ، ولا يورد عليها مثل هذا القيد فى الحقوق الواقعة على منقولات •

والاثران الأخيران ليسا الا بعض بقايا النظرة القديمة المنتقدة الى العقارات باعتبارها أرفع قيمة من المنقولات .

المطلب الأول

العقارات

Les Immeubles

٣٦٧ - الأصل والاستثناء

يقصد بالعقارات الأشياء ذات الأصل الثابت الممتنعة على النقل منه دون تلف ، فهي اذن أشياء ثابتة أو عقارات بالطبيعة . غير أن المشرع قد اعتبر بعض المنقولات عقارات استثناء من طبيعتها وذلك اذا خصصت لخدمة عقار أو استغلاله ، فتعتبر حينئذ عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة .

فنعرض فيما يلي بايجاز لهذين النوعين من العقارات .

٣٦٨ - العقارات بالطبيعة

تعتبر عقارات بالطبيعة **(Immeubles par nature)** الأشياء ذات المستقر الثابت الذى لا يمكن نقلها منه دون تلف (م ٨٢/١ مدنى) . وفى مقدمة هذه العقارات الأراضى ، سواء كانت معدة للزراعة أم للبناء . وكذلك ما يكون فى جوفها من مناجم ومحاجر . وما يثبت على سطحها من نباتات أو مزروعات أو أشجار تكون جذورها ممتدة فيها . أما النباتات التى توضع فى أوعية فلا تعتبر عقارات ، حتى ولو كانت هذه الأوعية مدفونة أو مغروسة فى الأرض . وكذلك يعتبر عقارات بالطبيعة ما يقام على الأرض أو فى جوفها من أبنية ثابتة مستقرة(١) ، حتى ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، أو كانت مؤقتة البقاء(٢) ، ما دام لا يمكن نقلها دون تلف يصيبها ،

---

(١) تعتبر الأبنية من العقارات بطبيعتها فى مجموعها أى هى وكل اجزائها اللازمة والمتممة لها كالأبواب باقفالها والمصاعد والنوافذ (فى هذا المعنى : كتابنا فى أحكام حق الملكية ص ٧٦) .

(٢) نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (المدنية) ، رقم ٣٦ ، ص ٩٣ .

أما المباني التي لا تكون مثبتة في الأرض ، بل يمكن رفعها ونقلها دون تلف فهي منقولات ، كخيام البدو ومخيمات الجوالة والكشافة والأكشاك الخشبية غير المثبتة في الأرض .

وما دامت الصفة العقارية للأشياء مناطها ثبات الأشياء واستقرارها في الأرض ، فمقتضى ذلك فقدانها هذه الصفة واعتبارها من المنقولات اذا فصلت عن الأرض وأصبح لها كيان مستقل غير ثابت، كأنقاض البناء المهدوم والمعادن المستخرجة من الأرض ، والأحجار المقتطعة منها والنباتات والمزروعات المجنية .

٣٦٩ - العقارات بالتخصيص(١)

(١) أساس فكرة العقار بالتخصيص : اذ كانت القاعدة أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، الا أن ثم استثناء هاما يورده المشرع على هذه القاعدة ، مؤداه مخالفة طبيعة الأشياء واعطاء صفة العقار لبعض المنقولات نظرا لكونها مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ومخصصة لذلك ، فتعتبر - رغم طبيعتها المنقولة - عقارات بحكم القانون أو بالتخصيص . وقد نصت على ذلك المادة ٢/٨٢ من التقنين المدني بقولها « ومع ذلك ، يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

وواضح أن فكرة العقار بالتخصيص (Immeubles par destination) هي مجرد افتراض أو حيلة قانونية(٢) يقيمها المشرع للتوصل الى ترتيب أحكام العقار على ما يتبعه من منقولات مرصودة على خدمته أو استغلاله

---

(١) راجع في ذلك بخاصة :
Guiphe, L'immobilisation par destination, thèse Paris, 1942. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, Nos. 75 - 88. — Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 110-124.

كتابنا احكام حق الملكية ، فقرات ٢٧ - ٣٠ ، ص ٧٧ - ١٠١ .

(٢) أنظر في ذلك وفي مناقشة محاولة تأسيس « العقار بالتخصيص » على فكرة التبعية . كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٧ ، ص ٧٨ - ٨٠ .

كفالة لاستمرار هذه الخدمة وذلك الاستغلال ، ومنعا لما قد يجره الإبقاء على طبيعتها المنقولة وخضوعها بالتالى لنظم مخالفة للنظم التى يخضع لها العقار الذى تتبعه من امكان فصلها عنه وتعطيل ما ترصد عليه من خدمته أو استغلاله ·

(٢) ثبوت صفة العقار بالتخصيص : يشترط لثبوت صفة العقار بالتخصيص أن يتحقق أولا تخصيص بعض المنقولات لخدمة عقار أو استغلاله، وأن تكون هذه المنقولات ثانيا مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه (م ٢/٨٢ مدنى) · فنعرض فيما يلى بايجاز لكل من هذين الشرطين :

١ — تخصيص منقولات بطبيعتها لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته :

ينبغى لاعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص أن تكون منقولات بطبيعتها وترصد على خدمة عقار بطبيعته أو استغلاله · وليس بشرط أن يكون تخصيص المنقولات لخدمة أو استغلال العقار تخصيصا مؤبدا أو دائما(١)، بل يكفى أن يكون ملحوظا فيه صفة الثبات والاستمرار · ويشترط فى التخصيص أن يكون عينيا لا شخصيا ، أى لخدمة أو استغلال عقار لا لخدمة مالكه(٢) ، فالدابة المعدة لركوب صاحب الأرض لا تعتبر عقارا بالتخصيص، بخلاف الماشية المخصصة لاستغلال الأرض نفسها · ولا يشترط فى التخصيص أن يكون بالقدر الضرورى لخدمة العقار أو استغلاله(٣) ، فيكفى مجرد نفعه وفائدته ·

---

(١) فى هذا المعنى :
Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 84. — Gulphe, thèse précitée, No. 70.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٨٢ ·

(٢) Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 115. — Gulphe, thèse précitée, No. 72.

(٣) فى هذا المعنى :
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٧ — كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٣ ، ٨٤ ·
وقارن : Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Gulphe, No. 75.

ويستوى بعد ذلك أن يكون التخصيص لخدمة عقار أو استغلاله ، ومن قبيل التخصيص للخدمة ما يوضع فى دور العبادة لخدمتها من سجاد ومقاعد وتماثيل وكتب مقدسة • ومن أمثلة التخصيص للاستغلال : ما يرصد على استغلال الأرض زراعيا من آلات مختلفة ، وأسمدة ، وبذور ، وحيوانات أو ماشية ، وأوعية أو صناديق أو أكياس تعبأ فيها المحاصيل الزراعية ما دامت لا تباع مع هذه المحاصيل بل تبقى فى الأرض • وما يرصد على استغلال المصانع من آلات وأدوات التصنيع المنقولة ومن عربات وسيارات مخصصة لنقل المواد الأولية أو المواد المصنوعة ، وما يوضع فى الفنادق من أثاث ومفروشات طالما أن الأبنية العقارية معدة اعدادا خاصا لاستغلالها كمصانع أو فنادق •

٢ ـ وحدة مالك العقار والمنقولات وصدور تخصيصها منه :

اذا تحقق تخصيص منقولات لخدمة عقارأو استغلاله ، فلا يكفى ذلك لثبوت صفة العقار بالتخصيص لهذه المنقولات ، بل يجب الى جوار ذلك أن تكون هذه المنقولات مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه• وهذا الاشتراط طبيعى ، لأن مشكلة الحاق بعض المنقولات بالعقار وربط مصيرها بمصيره واخضاعها لنفس نظامه وقواعده ، لا تثور الا حيث توجد وحدة أو مجموعة متماسكة يراد المحافظة على كيانها من التفكك والتفتت ، وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة ـ أى العقار والمنقولات المرصودة على خدمته أو استغلاله ـ فى ملك شخص واحد(١) ، حتى لا يتأتى فصل هذه العناصر بعضها عن بعض رغم ارادة المالك ، اذ لو كان مالك المنقولات غير مالك العقار لكان هذا الفصل متوقعا وطبيعيا • وعلى ذلك ، فلا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المملوكة لمستاجر عقار أو صاحب حق انتفاع عليه رغم رصدها من جانبه على خدمته أو استغلاله ، ولا المنقولات التى

---

(١) فى هذا المعنى :
Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 60. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 114. — Guiphe, thèse précitée, No. 62, p. 144.
كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٨٩ و ٩٠ •

يستأجرها أو يستعيرها مالك عقار ويرصدها على خدمته أو استغلاله ، أو حتى يشتريها ولكن بعقد معلق نقل الملكية على الوفاء بكامل الثمن اذا قام برصدها على هذه الخدمة أو الاستغلال من قبل تمام الوفاء .

واذا كان مشترطا وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله ، فليس مقتضى ذلك استلزم أن يكون مالك المنقولات مالكا للعقار ملكية مفرزة خالصة له وحده ، بل يعتبر شرط وحدة المالك متحققا وصفة العقار بالتخصيص ثابتة للمنقولات المملوكة مفرزة لأحد الشركاء المشتاعين في ملكية عقار اذا قام برصدها على خدمة أو استغلال هذا العقار الشائع(١) .

ولا يكفي وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله ، بل ينبغي أن يصدر التخصيص من نفس المالك أو من نائبه الذي يعمل لحسابه . ولذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الأدوات الزراعية أو الماشية المخصصة لاستغلال الأرض ، حتى ولو كانت مملوكة لصاحب الأرض ، اذا كان الحاقها بالأرض وتخصيصها لاستغلالها آتيا من غير المالك ، كما لو قام بذلك المستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن رهن حيازة ، الا اذا كان نائبا في ذلك عن المالك .

(٣) حكم العقار بالتخصيص : اذا توافر الشرطان السابقان : شرط التخصيص وشرط وحدة المالك ، فان المنقول المرصود على خدمة أو استغلال عقار يعامل معاملة العقار ، فيسوى بذلك في الحكم بالعقار الذي رصد على خدمته أو استغلاله ، وهو ما تتحقق به الوحدة اللازمة بينهما في

---

(١) في هذا المعنى :
Planiol, Ripert et Picard, ibid.
كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٩١ .
وانظر مع ذلك حكما عكسيا لمحكمة النقض في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض (المدنية) ، س ٦ ، رقم ٨٤ ، ص ٦٣٩ . ولكن أنظر في انتقاده : اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، ١٩٥٨ ، هامش «١» ، ص ١٧٠ - كتابنا أحكام حق الملكية ، هامش «١» ، ص ٩١ - ٩٢ .

المصير والحكم استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردها الى التخصيص(١) .

وعلى هذا النحو لا يجوز الحجز على العقارات بالتخصيص حجز المنقول ، ولا التنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصودة على خدمته أو استغلاله . ويشمل بيع العقار ورهنه والوصية به ـ دون حاجة الى نص أو شرط خاص ـ ما يلحقه من عقارات بالتخصيص مرصودة على خدمته أو استغلاله ، الا أن ينص على خلاف ذلك .

المطلب الثانى

المنقولات
Les Meubles

٣٧٠ ـ الأصل والاستثناءات

اذا كان المشرع يكتفى بتعريف العقار، مما يترك تعريف المنقول يستنبط عن طريق الاستبعاد ، فمعنى ذلك أن كل شىء لا تتوافر له صفة العقار ـ أى صفة الاستقرار والثبات فى حيزه ـ يعتبر منقولا بالطبيعة . غير أن ثم استثناءات ترد على هذا الأصل ، اذ تعتبر بعض الأشياء ـ خلافا لطبيعتها ـ منقولات بحكم القانون ، هى المنقول بالمآل والمنقولات المعنوية .

٣٧١ ـ المنقولات بالطبيعة

يقصد بالمنقولات بالطبيعة **(Meubles par nature)** الأشياء المادية غير الثابتة ، القابلة للنقل من مكان الى آخر دون تلف(٢) . ومن أمثلتها

---

(١) ولكن اذا كانت المنقولات المرصودة على خدمة عقار أو استغلاله تأخذ حكم هذا العقار وتتبعه فى مصيره ، الا أن ذلك لا ينفى أن هذه المنقولات تظل محتفظة بذاتيتها وفرديتها ، مما يبرر فى أحوال خاصة الخروج على المبدأ العام القاضى بمعاملتها معاملة العقارات من كل الوجوه وفى مواجهة الجميع . ولذلك لا يفقد بائع المنقولات الذى لم يستوف كامل الثمن حقه عليها كمنقولات رغم قيام المشترى برصدها على خدمة أو استغلال عقاره واعطائها بذلك وصف العقار بالتخصيص (انظر كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٩ ، ص ٩٤ و ٩٥) .

(٢) ليس الانتقال الفعلى شرطا لاعتبارها من المنقولات ، وانما يكفى مجرد قابليتها للحركة والنقل من مكانها دون تلف ولو لم تنقل منه بأن كانت معدة للبقاء فى مكان معين كالعائمات الراسية على ضفاف الأنهار .

الحيوانات ، والسيارات ، والسفن والطائرات(١) ، وأثاث المنزل ، والكتب ، والبضائع ، والمأكولات ، والمشروبات . وقد ثار الشك حول اعتبار بعض الأشياء منقولات بالطبيعة كالغاز والكهرباء . ولكن الرأى أصبح مستقرا الآن على اعتبارها منقولات بالطبيعة ، اذ هى أشياء مادية تدركها الحواس رغم أنه قد تحتويها أنابيب ثابتة لها صفة العقار . وتطبيقا لذلك يعتبر اختلاسها من قبيل السرقة التى لا تقع الا على المنقولات .

٣٧٢ - المنقولات بالمآل(٢)

يقصد بالمنقولات بالمآل (Meubles par anticipation) أشياء هى بحسب طبيعتها من العقارات ، ولكنها تأخذ حكما وافتراضا وصف المنقولات باعتبار أنها ستصير كذلك فى القريب(٣) . ومثل هذا الافتراض القانونى انما تبرره الغاية منه . ذلك أن بعض العقارات بطبيعتها تكون معدة - اما بحسب طبيعتها واما بارادة الأفراد - لكى تصير منقولات بالطبيعة فى القريب ، فيكون من النافع استباق هذا المآل القريب دون انتظار حلوله واخضاعها لحكم المنقول لا لحكم العقار ، تيسيرا فى الاجراءات وتخفيفا من القيود فيما يرد عليها من تصرفات أو حجوز .

ومن أمثلة هذه المنقولات بالمآل : الأشجار المعدة للقطع ، والمبانى المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للجنى ، والمعادن أو الأحجار المعدة للاستخراج أو الاقتطاع من المناجم أو المحاجر .

---

(١) اذا كانت السفن والطائرات تخضع لنظام خاص متميز عن النظام الذى تخضع له المنقولات بصفة عامة لخضوعها لنظام شهر معين وامكان تتبعها مما يكاد يقربها من العقارات من هذه الوجوه ، الا أن ذلك لا يغير فى شىء من طبيعتها المنقولة .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Fréjaville, Des meubles par anticipation, thèse Paris, 1927. — Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 108 - 109. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, Nos. 102 - 106.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرات ٣٢ - ٣٥ ، ص ١٠٢ - ١١٥ .

(٣) ينبغى اجتناب الخلط بين المنقولات بالمآل وبين الأشياء المستقبلة . فالمنقولات بالمآل ليست أشياء مستقبلة وانما هى أشياء موجودة متحققة ، ولكن طبيعتها القانونية وحدها هى المتأثرة بحسب ما ستؤول اليه هذه الأشياء فى المستقبل .

(١) ثبوت صفة المنقول بالمآل : لم يضع المشرع قاعدة عامة فى شأن اعتبار بعض العقارات منقولات بالمـآل ، ولكنه في نصوص خاصة قليلـة عامل بعض العقارات المعدة للانفصال عن أصـل ثباتها واستقرارها معاملة المنقول ، لا باعتبار طبيعتها الحالية وانما باعتبار مآلها المستقبل • ومن قبيل ذلك ما ينص عليـه المشرع المصرى من اتبـاع اجراءات حجز المنقـول ، بالنسبة للثمار المتصلة والمزروعات القائمة ، ولكن مع عدم جواز هذا الحجز الا خلال مدة محددة قبل موعد نضجها (م ٣٥٤ مرافعات جديد) • ومن هذا القبيل كذلك ، ان التقنين المدنى يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول : امتياز المبالغ المنصرفة فى البذر وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد على المحصول الذى صرفت فى انتاجه (م ١/١١٤٢) وامتياز مؤجر الأراضى الزراعيـة بأجرتها على ما يكون موجودا فيها من محصول زراعى (م ١/١١٤٤) رغم أن المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة •

ولم يلبث الفقه والقضاء أن استخلصا من مثل هذه النصوص الخاصة نظرية عامة فى هذا الشأن بمقتضاها تعتبر بعض العقارات منقولات بالمآل ، اذا كانت ارادة المتعاقدين تنظر اليها باعتبار ما ستؤول اليه فى القريب من فصل مؤكد عن أصل ثباتها يصيرها منقولات بالطبيعة(١) • اذ ما دام المـآل المنقول لهذه العقارات هو محل اعتبار المتعاقدين عليها ، فلا حرج من استباق المستقبل ومعاملتها منذ التعاقد على هذا الأساس وبحسب هذا المآل • ولذلك يشترط لثبوت صفة المنقول بالمآل ، شرطان جوهريان :

(١) يجب أن تنصرف ارادة المتعاقدين انصرافا حقيقيا جـديا الى اعداد العقارات المتعاقد عليها لتصير منقولات بالطبيعة ، وذلك بالاتجاه الى فصلها

---

(١) أنظر فى ذلك خاصة :

Fréjaville, thèse précitée, pp. 59, 60. — Beudant et Voirin, t. IV. No. 106.

اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، الطبعة الثانيـة ، ١٩٥٨ ، ص ٩٤ و ٩٥ • — كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٣٤ ، ص ١٠٥ — ١٠٩ •

عن أصل ثباتها واستقرارها ، بحيث لا يتصور فى ذهن المتعاقدين تمام تنفيذ العقد الا بصيرورة هذه الأشياء منقولات فعلا .

ولكن لا يكفى لتوافر هذا الشرط مجرد التصرف فى هذه الأشياء تصرفا مستقلا عن أصل ثباتها واستقرارها ، فمثل هذا التصرف المستقل لا يعتبر وحده قرينة على انصراف الارادة الى فصل هذه الأشياء وتصييرها منقولات بالطبيعة فى القريب ، ولذلك فهو لا يغير من الطبيعة القانونية لهذه الأشياء باكسابها وصف المنقول بالمآل الا اذا كانت ارادة المتعاقدين منصرفة حقيقة الى اعدادها لانفصال حقيقى قريب . وعلى ذلك ، فبيع بناء دون الأرض المقام عليها يعتبر بيع عقار لا بيع منقول اذا لم تكن ارادة المتعاقدين منصرفة الى بيعه على أساس الهدم ، بينما يعتبر بيع منقول اذا وجد التزام على عاتق المشترى بهدمه(١) .

(٢) يجب أن يكون المصير المحقق – فى نظر المتعاقدين – للعقارات المتعاقد عليها هو التحول فى القريب الى منقولات بالطبيعة . فلا يكفى اذن وجود مجرد احتمال بشأن انفصال هذه العقارات فى القريب عن أصل ثباتها واستقرارها ، اذ لا يتصور أن يفقد محل التعاقد مقدما الصفة العقارية الثابتة له طبقا لطبيعته اذا لم يكن من المحقق والمؤكد صيرورته فى القريب منقولا بالطبيعة . وعلى ذلك لا يكتسب العقار المتعاقد عليه وصف المنقول بالمآل اذا ترك أمر تحويله الى منقول بالطبيعة الى محض تقدير ورغبة أحد المتعاقدين ، أو اذا لم يحدد موعد قريب فى التعاقد لمثل هذا التحويل أو لم يكن مثل هذا الموعد قابلا للتحديد(٢) .

(٢) آثار ثبوت صفة المنقول بالمآل : اذا توافر الشرطان السابقان فان صفة المنقول بالمآل تثبت للعقار محل التعاقد منذ اتمام العقد . فيخضع هذا العقار منذ ذلك الوقت لما يخضع له المنقول من قواعد وأحكام ، فلا يكون من

---

(١) Fréjaville, thèse précitée, pp. 67 - 70.

(٢) انظر فى ذلك كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ١٠٨ و ١٠٩ .

اللازم التسجيل لنقل ما قد يرتبه من حق عيني على المنقول بالمآل(١) ، ويكون للدائنين اتخاذ اجراءات حجز المنقول لا اجراءات التنفيذ على العقار لاستيفاء حقوقهم من قيمته ، ويتحدد الاختصاص المحلي بنظر المنازعات الناشئة عن هذا التعاقد بمحكمة موطن المدعى عليه ٠

٣٧٣ ـ المنقولات المعنوية

الأصل أن الأشياء المعنوية لا يمكن اعتبارها من العقارات ولا من المنقولات ، لأن التقسيم الى عقارات ومنقولات ـ وهو مبنى على أساس الثبات أو القابلية للحركة ـ لا يتصور الا في شأن الأشياء المادية وحدها ٠ ومع ذلك فخروجا على هذا الأصل ، تعتبر الأشياء المعنوية من المنقولات حكما وتخضع لأحكام المنقول ٠ ويقال عادة في تبرير ذلك أن المشرع يعتبر منقولا كل ما ليس بعقار وهذه الأشياء المعنوية ليست قطعا من العقارات ٠

المبحث الثاني

الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك(٢)

٣٧٤ ـ أساس التقسيم وأهميته

الأشياء القابلة للاستهلاك (choses ou biens consomptibles) هي تلك التي لا يتصور استعمالها الا عن طريق استهلاكها ، بمعنى أنها تستهلك بمجرد استعمال واحد دون أن تحتمل ورود استعمال متكرر عليها، ولذلك يعرفها المشرع المصري بأنها « ٠٠ هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له في انفاقها أو استهلاكها » (م ١/٨٤ مدني) ٠ ويستوي في هذا

---

(١) فينتقل الحق العيني فور التعاقد اذا كان محله معينا بالذات (م ٢٠٤ مدني) أما اذا كان هذا المحل معينا بنوعه ، فينتقل الحق بافرازه (م ١/٢٠٥ مدني) ٠

(٢) راجع في ذلك بخاصة

Humbert, Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles, thèse Paris, 1940. — Jaubert, La consomptibilité, Revue, trimestrielle de droit civil, 43e. année, 1945, pp. 75 - 101.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرات ٣٦ و ٣٧ ، ص ١١٦ ـ ١١٨ ٠

الشأن أن يكون استهلاك هذه الاشياء ماديا بالقضاء على مادتها كأكل الطعام ، أو بتغيير صورتها كتحويل المنسوجات الى ملابس، أو أن يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف كانفاق النقود وبيع السلع . أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك choses ou biens non consomptibles ، فهي تلك التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تستهلك بمجرد استعمال واحد لها ، ولو ترتب على تكرار استعمالها أو طوله هلاكها أو ضياعها أو بخس قيمتها أو نقص متانتها ، كالأرض والمنازل والسيارات والمفروشات والآلات .

والاصل أن طبيعة الشيء هي التي تحدد قابليته أو عدم قابليته للاستهلاك . غير أن الارادة لها من السلطان ما تملك به مثل هذا التحديد كذلك ، اذا خصصت استعمال الشيء تخصيصا يخرجه عما تقضي به طبيعته. فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابل للاستهلاك بالتخصيص(١) لا بالطبيعة . فالنقود وهي قابلة بحسب طبيعتها للاستهلاك قانونيا بمجرد استعمالها أي بانفاقها ، تصبح غير قابلة للاستهلاك اذا أعيرت على أساس مجرد عرضها ثم ردها بعد ذلك . بل وكل شيء يكون بحسب طبيعته غير قابل للاستهلاك يصبح قابلا له بالتخصيص اذا أعد للبيع (م ٨٤/٢ مدني) ، اذ يخصص حينئذ لنوع من الاستهلاك هو الاستهلاك القانوني .

وتبدو **أهمية التفرقة** بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك في أن بعض الحقوق التي تخول استعمال الشيء ، كحق الانتفاع وحق الاستعمال ، لا يتصور ورودها الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ، لأن المنتفع أو المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشيء بعينه الى مالكه واستعماله لا يستهلكه . وكذلك الشأن في الايجار والعارية ، فهي عقود لا ترد الا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال .

---

(١) Jaubert, article, précité, pp. 78, 79, 96 - 100.

المبحث الثالث

الأشياء المثلية والقيمية(١)

٣٧٥ ـ أساس التقسيم واهميته

الأشياء المثلية (choses ou biens fongibles) هى التى لها نظائر متماثلة فى الأسواق ، فلا تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به ، ولذلك فيقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء . وهذه الأشياء هى التى جرى العرف على التعامل فيها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن (م ٨٥ مدنى) ، كالنقود ، والكتب من طبعة واحدة ، والقماش من نوع ولون واحد ، والحبوب من نفس الصنف والجودة ، والقطن من نفس الصنف والرتبة .

أما الأشياء القيميـة (choses ou biens non fongibles) ، فهى تلك التى تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به حيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء كالأرض والمنازل والحيوانات .

واذا كان الأصل فى تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء هو طبيعتها من حيث تماثل أو تفاوت آحادها ، الا أن ارادة الأفراد قد تسبغ على شىء مثلى بطبيعته الصفة القيمية أو على شىء قيمى بطبيعته صفة المثلية(٢) ، فيقال ان الشىء يصبح قيميا أو مثليا بالتخصيص(٣) . ومثال الحالة الأولى اعارة كتاب بقصد الاطلاع عليه ورده بذاته،ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات التى تستهدف بيع أراض زراعية تستصلحها أو أراض للبناء تعدها وتمهدها من تقسيمها الى قطع متساوية متماثلة .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

De La Grasserie, De la fongibilité juridique, Revue générale du droit, 1911. — Humbert, thèse précitée. — Jaubert, article précitée.

كتابنا أحكام الملكية ، فقرات ٣٨ ـ ٤٠ ، ص ١١٨ ـ ١٢١ .

(٢) نقض ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ١ ، رقم ١٤٦ ، ص٢٦٩ .

(٣) Jaubert, article précitée, pp. 78, 79, 96 - 100.

وتبدو اهمية تقسيم الأشـياء الى مثلية وقيمية(١) فى كون المقاصـة القانونية لا تقع الا بين دينين موضوع كل منهما أشياء متماثلة (م ١/٣٦٢ مدنى) • وفى كون هلاك الأشياء القيمية ينقضي به الالتزام لأن تنفيذه يصبح بهذا الهلاك مستحيلا ، أما هلاك الأشياء المثلية فلا يجعـل تنفيـذ الالتزام مستحيلا بل يظل الالتزام قائما فى شأنها ، لأن لها نظـائر فى الأسـواق فيقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء ، ولذلك يقال ان الأشياء المثلية لا تهلك • وفى كون الملكية أو أى حق عينى آخر لا ينتقل أو يتقرر على الأشياء المثلية الا بافرازها لأنها تكون بوصفها هذا غير معينة بالذات ، بينما يتقرر فـور التعاقد على الأشياء القيمية المنقولة باعتبارها معينة بالذات •

(١) السائد فى الفقه أن تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمية يقوم على أساسه التفريق بين الأشياء المعينة بنوعها والأشياء المعينة بذاتها • غير أن ثم اتجاها جديثا فى الفقه Jaubert, article précitée, p. 86. يشكك فى وجود تطابق كامل بين التقسيمين (انظر فى مناقشة هذا الاتجاه : كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٣٩ ، ص ١٢٠ و ١٢١) •

الفصل الثانى

الأعمـــال

٣٧٦ ـ العمل وشروطه بوصفه محلا للحق

قلنا ان محل الحق يكون شيئا أو عملا. وقد تكلمنا فى الاشياء باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطـة التسلط كالحق العينى والحـق الذهنى والحق فى الاسم . بقى أن نتكلم فى الأعمال باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتضاء ، وأظهرها الحـق الشخصى أو حـــق الدائنية[١] الذى يخول صاحبه أى الدائن قدرة اقتضاء عمل معين من المدين. ويستوى فى العمل ـ بوصفه محلا لهذا النوع من الحقوق ـ أن يكون ايجابيا أو سلبيا ، ولكن يجب أن تتوافر فيه شروط رئيسية ثلاثة هى : الامكان والتعيين والمشروعية .

(١) شرط الامكان : يجب أن يكون العمل ممكنا ، بمعنى أن يكون غير مستحيل فى ذاته (م ١٣٢ مدنى) ولو كان مستحيلا بالنسبة الى بعض الأشخاص فالاستحالة التى تمنع من امكان العمـل اذن هى الاستحـــالة المطلقة لا النسبية . ومن أمثلة العمل غير الممكن التعهد برفع استئناف عن حكم قضائى اذا كان ميعاد الاستئناف قد فات قبل التعهد ، أو بنقل ملكيـة عين تكون قد هلكت قبل التعهد ، اذ رفع الاستئناف ونقل الملكية فى هذه الظروف عملان مستحيلان فى ذاتهما استحالة مطلقة فى حق الكافة . أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، كمن يتعهد برفع أثقال من الحديد لا يقدر على رفعها

---

(١) ولذلك فتفصيل الكلام فى العمل وشروطه مجاله نظرية الالتزام ، راجع فى هـذا التفصيل بخاصة :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٢١٣ ـ ٢٤١ . ـ انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج.١ ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٥ ، فقرات ١٦٦ ـ ١٩٣ .

وان كان غيره يقدر على ذلك ، فيعتبر معها العمل ممكنا لأنه غير مستحيل فى ذاته ويكون للدائن الحق فى اقتضـــاء الوفاء به ، فاذا استحال عـــلى المدين شخصيا القيام به يكون مسئولا أمام الدائن عن تخلفه عن الوفاء .

ويعتبر العمل ممكنا اذا كان مضمونه اعطاء شيء ، حتى ولو لم يكن هذا الشيء موجودا وقت التعهد باعطائه ، ما دام أنه ممكن وجوده فى المستقبل . ولذلك فكون موضوع المحل شيئا مستقبلا لا ينفى امكانه(١) .

(٢) شرط التعيين : يجب أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين ، حتى يتحدد أو يكون قابلا للتحديد مضمون اقتضائه أو الحق الوارد عليه . فالتعهد باقامة بناء ، يجب فيـــه تعيين مواصفاته ، أو فى الأقل استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته كالغرض من البناء وسعته وما الى ذلك . واذا كان مضمون العمل اعطاء شيء ، فيجب - اذا كان الشيء قيميا - أن تحدد ذاتيته على النحو الذى يميزه عن غيره بأن يعين مثلا موقع الأرض المبيعة ومساحتها وحدودها ، وأما اذا كان الشيء مثليا فيجب أن يحدد نوعه ومقداره(٢) ، وان كان ليس من اللازم تحديد درجة جودته(٣) .

(٣) شرط المشروعية : يجب أن يكون العمـــل مشروعا أى غـــير مخالف للقواعد القانونية الآمرة أو للنظام العام أو الآداب (م ١٣٥ مدنى) . ومن أمثلة العمل غير المشروع المبطل للتعهد به : الالتزام بارتكاب جريمة معينة ، أو بيـــع كمية من المخدرات ، أو بدفع مبلغ من المـــال الى امرأة مقابل انشاء أو استمرار علاقة جنسية غير مشروعة معها .

---

(١) اذا كان الأصـــل هو جواز أن يكون محـــل الالتزام عملا واردا على شيء مستقبل (م ٢/١٣١ مدنى) ، فاستثناء من ذلك يعتبر التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه (م ٢/١٣١ مدنى) ويحظر هبة الأموال المستقبلة (م ٤٩٢) .

(٢) ولكن يكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره (م ٢/١٣٣ مدنى) .

(٣) فاذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من اى ظرف آخر ، التزم المدين بان يسلم شيئا متوسط الجودة (م ٢/١٣٣ مدنى) .

الباب الثالث

مصادر الحق(١)

٣٧٧ ـ الوقائع القانونية والتصرفات القانونية وتفصيل التفرقة بينهما

قلنا ان الحق يستند في وجوده الى القانون . غير أن القانون ـ في ترتيبه واسناده للحق ـ انما يعتد بوقائع أو أحداث أو أعمال معينة يرتب على تحققها وجود الحق ، وهذه الوقائع او الأحداث أو الأعمال هي التي نعنيها بمصادر الحق أو بمصادره المباشرة التي تولده ، وان بقي القانون من ورائها كلها هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعا . وغني عن البيان ، أن هذه المصادر المباشرة للحقوق لا تقتصر على انشاء الحق وحسب ، بل تمتد الى نقله أو تغييره أو انقضائه .

والمصادر المباشرة للحق لا تخرج في الأصل ـ رغم تعددها وكثرة تنوعها ـ عن طائفتين أساسيتين : طائفة الوقائع القانونية **(faits juridiques)** وطائفة التصرفات أو الأعمال القانونية **(actes juridiques)** . .. ويقصد بالوقائع القانونية كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرا معينا ، وخاصة انشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله . أما التصرفات أو الأعمال القانونية ، فيقصد بها كل ارادة تتجه الى ترتيب مثل هذا الأثر(٢) .

---

(١) **Bonnecase, Supplément, op. cit., t. II, Nos. 248, et s.; t. III, Nos. I, et s. — Hébraud, Encyclopédie Juridique, Répertoire de droit civil, Dalloz, t. I, V, acte, pp. 65 - 68.**

عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراه ١٩٥٣ ـ ١٩٥٤ ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٢ ـ ٣٤ ، ص ١٢٩ ـ ١٣٤ ، ج٢ ، فقرات ١ ـ ٤ . وكتابنا « أصول القانون » ، فقرات ٣٩١ ـ ٣٩٧ ، ص ١٠٣٧ ـ ١٠٧٥ .

(٢) تجب الاشارة الى وجود طائفة ثالثة يمكن تسميتها بالمصادر المزدوجة ، تقوم على الجمع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانوني ، بحيث لا يترتب الأثر القانوني المتولد عنها الا بوجود واقعة أو عمل مادي معين واتجاه الارادة الى توليد هذا الأثر . ومن هذه

ومن أمثلة الوقائع القانونية واقعة الموت ، فهي حدث مادي طبيعي يترتب عليه أثر قانوني هو الحق في الارث • والفعل الضار كذلك واقعة قانونية ، فهو فعل مادي اختياري يترتب عليه أثر قانوني هو الحق للمضرور في التعويض • والمثل الرئيسي للتصرف أو العمل القانوني هو العقد ، وهو عمل ارادي من طرفين تتولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما • فعقد البيع مثلا يولد للبائع حقا في اقتضاء الثمن وللمشتري حقا في اقتضاء تسليم المبيع ونقل ملكيته اليه • والوصية كذلك تصرف أو عمل قانوني ، فهي عمل ارادي من جانب واحد يرتب للموصى له حقا في الموصى به.

واذا كانت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تبدو يسيرة في بعض الحالات كما تبدو من الأمثلة المتقدمة ، فيجب أن لا يحجب ذلك ـ في حالات أخرى ـ صعوبتها ودقتها واختلاف الفقهاء حول تكييف ووصف مصدر الحق في شأنها • وأكثر ما يعرض ذلك في صدد الأفعال الاختيارية التي تترتب عليها آثار قانونية ، اذ يقوم الاختيار في الفعل على الارادة مما يكاد يقربه في الذهن من الارادة قوام التصرف وييسر الانزلاق الى الخلط بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني • ويبدو أنه يجب البصر ـ في صدد التمييز بينهما(١) ـ بأمرين رئيسيين •

(١) ان الارادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف وجوهره ، ولذلك يصح بل يجب وصفه بأنه ارادة محضة(٢) • بينما في الواقعة القانونية قد توجد الارادة كما في الأفعال الاختيارية ، وقد لا توجد كما في الوقائع

= الطائفة : الشفعة والاستيلاء والوفاء، ففيها جميعا يلزم اقتران العنصر المادي بالعنصر الارادي• (أنظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٩١ ، ص ١٠٤٢ ـ ١٠٤٤) • وقد كان لأستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري فضل التنبيه الى هذه الطائفة • وهو يقسمها ـ زيادة في الايضاح ـ الى قسمين : وقائع مركبة تتركب من واقعة مادية ومن تصرف قانوني ، ومثالها الشفعة • ووقائع مختلطة تقوم على شيء واحد ولكن يختلط فيه العنصر المادي بعنصر الارادة ، ومثالها الاستيلاء والوفاء (عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، هامش ص ١٣٣) •

(١) أنظر في بعض محاولات هذا التمييز وفي مناقشتها :

كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٣٩ و ١٠٤٠ •

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ص ٧٥ •

الطبيعية . واذا وجدت الارادة ، فانها - على خلاف الظاهر - تتميز بوضوح عن الارادة في التصرف القانوني . ذلك أنه اذا كانت الارادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف ، فهي في الواقعة القانونية - اذا وجدت - تكون متميزة عن ذات هذه الواقعة وجوهرها ، إذ تكون مجرد ارادة في اتيان العمل المادى المكون لهذه الواقعة(١) . ولذلك يبدو التمييز ظاهرا بجلاء بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني من هذا الوجه . فجوهر التصرف القانوني هو الارادة المحضة ، أما جوهر الواقعة القانونية فهو العمل المادى حتى ولو كان ثمة إرادة واختيار في اتيانه .

(٢) انه ينبني على اختلاف الجوهر بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني على النحو المتقدم أن الأثر القانوني المترتب على التصرف انما يترتب لأن الارادة - وهي جوهر التصرف - قد اتجهت الى ترتيبه . أما في الواقعة القانونية ، وليست الارادة اذا وجدت هي جوهرها وانما جوهرها العمل المادى وحده ، فان ما يترتب على الواقعة القانونية من أثر قانوني لا شأن للارادة في ترتيبه وانما هو يترتب لمجرد وجود وتحقق العمل المادى .

ولذلك يستوى - اذا وجد العمل المادى - أن توجد ارادة أو أن لا توجد أو اذا وجدت أن تكون ارادة في اتيان العمل المادى دون قصد الى نتائجه أو حتى أن تكون ارادة في إتيانه وفي قصد نتائجه على السواء(٢) . فما دام وجود الارادة لا يغير مما يرتبه القانون أصلا على العمل المادى من أثر ، فلا يكون لوجودها اذن اعتبار في ترتيبه ، ولا في قلب العمل المادى نفسه من واقعة قانونية الى تصرف قانوني .

ولذلك يبدو خطأ الرأى القائل بالتمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على أساس أن النتائج القانونية تكون مقصودة في الثانية وغير

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١ و ٧٥ .

(٢) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

مقصودة في الأولى ، فقد تكون النتائج القانونية مقصودة ومع ذلك نكون بصدد واقعة قانونية لا بصدد تصرف قانوني لأن هذه النتائج تترتب على مجرد وجود عمل مادي • فالشخص الذي يصدم آخر بسيارته بخطأ منه ، انما يعتبر فعله الضار هذا عملا ماديا ، والقانون يكتفي بظهور هذا العمل المادي الى الوجود ليرتب عليه أثر قانونيا معينا هو الحق في التعويض ، وهذا الحق يترتب حتما لمجرد تحقق الاصابة بخطأ دون اعتبار لما اذا كانت ارادة صاحب السيارة قد اتجهت أو لم تتجه الى صدم المصاب ، ولا حتى اذا كانت — حين اتجهت الى صدمه — قد اتجهت كذلك فرضا الى الالتزام بالتعويض قبله ، ولذلك يظل مصدر الحق في التعويض في كل هذه الصور واقعة قانونية هي الفعل الضار •

وعلى هذا النحو ، فالتفرقة بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني انما تقوم اذن على أساس التمييز بين الفعل المادي وبين الارادة المحضة • فحيث يتولد الحق أو يترتب الأثر القانوني بوجه عام من مجرد وجود فعل أو عمل مادي ، بصرف النظر عما اذا كان وجوده طبيعيا أو اختياريا وعما اذا كانت آثاره القانونية — لو كان اختياريا — مقصودة أو غير مقصودة ، نكون أمام واقعة قانونية • أما حيث يترتب الأثر القانوني أو يتولد من مجرد وجود ارادة تتجه الى هذا الترتيب أو التوليد ، فنحن أمام تصرف قانوني •

٣٧٨ — اهمية التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية

اذا تحددت التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية على النحو الذي بيناه ، فينبغي الوقوف على ما تثيره هذه التفرقة من أهمية بالغة • ففضلا عما تعنيه هذه التفرقة أولا من جمع شتات مصادر القانون وردها الى هاتين الطائفتين الأساسيتين واخضاع كل طائفة لقواعد وأصول كلية واحدة ، نجد أن لهذه التفرقة أهمية بالغة من ناحية الاثبات خاصة •

ذلك أن نشوء الحق أو تعديله أو تحديد أوصافه أو نقله أو زواله ، أو بوجه عام وجود أي أثر قانوني ، يقتضي — عند المنازعة فيه — اثبات مصدره المباشر ، أي اثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانوني المرتب لأي من

ذلك(١) . وفي هذا الصدد نجد أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، اذ من الواضح - وهما مختلفان في الجواهر - كما سبق البيان - ضرورة اختلافهما في وسائل الاثبات .

فالتصرف القانوني ، باعتباره ارادة محضة متجهة الى توليد حق أو تغييره أو زواله أو توليد أثر قانوني بوجه عام ، يعني اناطة هذا الأثر بمسلك ارادي يقصد ترتيبه . وهو ما يقتضي في الأصل امكان تهيئة واعداد دليل كتابي على هذا المسلك والقصد وقت وقوعه ، لكي يكون من بعد وسيلة اثباته اذا حصلت المنازعة فيه . وليس الحال كذلك في شأن الوقائع القانونية - وهي محض وقائع أو أعمال مادية تترتب عليها آثارها بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الارادة الى هذا الترتيب - حيث يستعصى في الأصل اعداد دليل كتابي يسجلها عند وقوعها(٢) . ولذلك فالأصل هو اشتراط اثبات التصرفات القانونية بالكتابة(٣) ، وامكان اثبات الوقائع القانونية - على خلاف ذلك - بأية طريقة من طرق الاثبات ولو بمجرد البينة أى الشهادة أو القرائن القضائية أو المعاينة(٤) .

---

(١) ولذلك ، فمن التجوز في التعبير القول بأن ذات الحق أو الأثر القانوني هو محل الاثبات . بل الواقع أن محل الاثبات دائما هو ما يولد هذا الحق أو الأثر من مصدر سواء كان هذا المصدر واقعة قانونية أو تصرفا قانونيا (في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ١١ ، ص ١٥) .

(٢) في هذا المعنى :

عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات في المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢ و ١٩٠ . - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢ ، ص ٣٤٠ و ٣٤١ .

ومع ذلك ، فيحتم المشرع في شأن بعض الوقائع القانونية الخطيرة ، كالميلاد والموت ، اعداد دليل كتابي وقت وقوعها . ولكن يراعى أن هذا الدليل الكتابي ليس هو وسيلة الاثبات الوحيدة المتصورة في شأن هذه الوقائع ، اذ أنه اذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات الرسمية المعدة لقيد المواليد والوفيات ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى (أنظر سابقا ، ص ٥٢٥ و ٥٢٨) .

(٣) ولكن يستثنى من ذلك بعض التصرفات القانونية ، فيجوز اثباتها بالبينة وبالقرائن وهي التصرفات القانونية التجارية بوجه عام ، والتصرفات القانونية المدنية التي تكون قيمتها أقل من قيمة نصاب الكتابة (وهذا النصاب هو ما يجاوز اليوم عشرين جنيها طبقا لقانون الاثبات الجديد) .

(٤) وأما اثبات المصادر المزدوجة ، فيعتمد فيه أساسا بطبيعة هذا الازدواج . بحيث يكون =

وتبدو أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية بارزة كذلك من حيث انفراد التصرفات القانونية بكل الأحكام المتعلقة بالارادة وبقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، اذ هي — على خلاف الوقائع القانونية — ارادة محضة متجهة الى ترتيب هذه الآثار ٠

واذا كان للتفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية هذه الاهمية الكبيرة ، فضلا عن أهمية الوقائع والتصرفات القانونية في ذاتها أهمية قصوى من حيث اعتبارهما معا مصدرا لنشوء أى حق أو تحديد وصفه أو تعديله أو انقضائه أو بوجه عام لأى أثر قانوني كان ، فمن الواجب صياغة نظرية عامة للواقعة القانونية والتصرف القانوني رغم الصعوبات الجمة التي أخرت هذه الصياغة حتى الآن(١) ٠

ونعرض فيما يلي بايجاز لكل من الواقعة القانونية والتصرف القانوني وما يولدان من حقوق وآثار مختلفة ٠

= هذا الازدواج مؤديا الى الاختلاط ، يبدو من المنطقي الاعتداد بالعنصر الغالب ، ومعاملة المدن — رغم ازدواج طبيعته — على هذا الأساس من حيث الاثبات ٠ وأما حيث يكون مقتضى الازدواج وجود عدة وقائع مركبة غير مختلطة ، فيبدو من المنطقي وجوب معاملة كل منها على حدة بحسب طبيعتها واخضاعها لأحكام الاثبات الخاصة بهذه الطبيعة (انظر : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٤ ، ص ٣٤٣ و ٣٤٤ ٠ — كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ، ص ١٠٤٦) ٠

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٩٢ ، ص ١٠٤٧ — ١٠٥٠ ٠

الفصل الأول

الواقعة القانونية

٢٧٩ ـ الواقعة القانونية . انواعها واهميتها وآثارها

لم تلق « الواقعة القانونية » من عناية الفقه ما لقيه منها « التصرف القانوني » ممثلا على الاقل فى صورته الكبيرة وهى « العقد » . ومرد ذلك إلى الاعتقاد الذى ساد فى الفقه التقليدى ـ تأثرا بالمذهب الفردى ومبدأ سلطان الارادة ـ فى أن دائرة التصرفات القانونية أرحب وافسح مدى من دائرة الوقائع القانونية ، وان الوقائع القانونية لا تبلغ من العدد ولا من الأهمية ما تبلغه التصرفات القانونية(١) . وساعد على ذلك التقديس الكبير الذى تمتعت به نظرية الالتزام منذ قديم ، وحصر التصرف القانونى والواقعة القانونية فى نطاقها ، واعتبار العقد بالذات ـ وهو تصرف قانونى ـ قطب الرحى فى هذه النظرية .

وقد سبق أن رأينا وجوب تحديد الواقعة القانونية بأنها فعل أو عمل مادى يرتب القانون أثرا قانونيا معينا على مجرد وجوده فى ذاته ، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود ارادة صاحبه .

والوقائع القانونية ، بهذا التحديد ، نوعان رئيسيان : وقائع طبيعية أو غير اختيارية ، ووقائع اختيارية . فالوقائع الطبيعية أو غير الاختيارية مثل الصواعق والبراكين والزلازل والفيضان قد يكون حدوثها قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه ، والميلاد يرتب القانون عليه أثرا هو بداية الشخصية

---

(١) أنظر على سبيل المثال :
Capitant, op. cit., Nc. 229.

والموت يترتب عليه انتهاء شخصية الميت وفتح تركته واستحقاق ورثته فيها . وأما الوقائع الاختيارية فهي الوقائع المادية التي تحدث بفعل الانسان واختياره ويرتب القانون على مجرد وجودها المادى أثرا قانونيا معينا ، ومثنها الفعل الضار الذى يمثل خطأ من جانب فاعله فيولد للمضرور حقا قبله في التعويض ، والبناء في أرض الغير يجعل مالك الأرض مالكا للبناء بالالتصاق ويلزمه بتعويض البانى ، والاثراء بلا سبب مشروع على حساب الغير ينشىء للمفتقر حقا قبل المثرى في التعويض .

يخلص من هذه الأمثلة أن الواقعة القانونية قد تكون مفروضة على الانسان وتنتج آثارها فرضا عليه كذلك ، كما في واقعة الميلاد والموت . وقد تكون باختيار الانسان . وحينئذ اما أن تكون مشروعة كالفعل النافع الذى يؤدى الى اثراء شخص على حساب فاعله ، أو غير مشروعة كالفعل الضار . وفي الحالين يرتب القانون عليها آثارا معينة لمجرد وجودها المادى بصرف النظر عما إذا كان فاعلها قد انصرفت ارادته الى هذه الآثار أو لم تنصرف .

وواضح أنه طالما كانت الواقعة القانونية مجرد فعل أو عمل مادى، وتترتب عليها آثار قانونية بهذا الاعتبار ، فلا شأن للارادة اذن في هذا الترتيب . ولذلك لا تحتاج الواقعة القانونية الى ما يحتاجه التصرف القانوني من قواعد كثيرة متعلقة بالارادة وقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، وخاصة في شأن الأهلية والاثبات والصحة أو البطلان . فلا يتوقف ترتيب الواقعة القانونية لأثرها ـ حتى لو كانت من قبيل الوقائع الاختيارية ـ على كمال أهلية محدثها(١) . ولا تشترط الكتابة لاثبات الواقعة القانونية ، بل تقبل الاثبات بأى طريق من الطرق كالبينة والقرائن . ولا يتوقف وجود الواقعة القانونية وانتاجها آثارها على مشروعيتها ، اذ هى عمل مادى فيكون وجودها ماديا محضا لا يمكن وصفه بالصحة أو البطلان ، بينما يتوقف وجود التصرف القانونى وانتاجه أثره القانونى على صحته ومشروعيته ، اذ هو ارادة

---

(١) راجع سابقا ، ص ٥٧٢ .

محضة(١) ٠

والواقعة القانونية قد تكون مصدرا للحقوق السياسية ، اذ بلوغ سن معينة ـ وهو واقعة طبيعية أى فعل من صنع الطبيعة ـ يعطى الشخص الحق فى الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية ٠ وقد تكون مصدرا لحقوق الشخصية ، فالميلاد ـ وهو واقعة طبيعية ـ يكسب المولود حقا فى لقب والده ٠ وقد تكون مصدرا للحقوق الذهنية ، فواقعة الخلق الذهنى أو الانتاج الفكرى عمل مادى اختيارى يعطى للمؤلف حقا معنويا وحقا ماليا على مصنفه ٠ وقد تكون مصدرا لحقوق الأسرة ، فواقعة القرابة تعطى الأب الحق فى تأديب ولده ٠

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق العينية : فالموت ، وهو واقعة طبيعية ، يولد للوارث حقا فى ملكية نصيبه من أموال المورث ٠ والالتصاق ، وهو واقعة طبيعية أو اختيارية على حسب الأحوال ، قد ينشىء حقا فى الملكية : فالأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين (م ٩١٨) ، والبناء أو الغراس الذى يقيمه شخص بمواد من عنده فى أرض غيره يتملكه صاحب الأرض (م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى) ، وكذلك يكون ملكا لصاحب الأرض ما يحدثه هو فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره (م ٩٢٣ مدنى) ٠ ومن أسباب الأخذ بالشفعة ، وهى مصدر لكسب الملكية ، واقعة الجوار وهى واقعة مادية (م ٩٣٦)(٢) ٠ ومضى المدة وهو واقعة

---

(١) فى هذا المعنى :

Hébraud, Encyclopédie Dalloz, op. cit., t. I, No. 34.

عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ١٢٠ ٠

(٢) ولكن الأخذ بالشفعة يحتاج فى الواقع إلى اعلان من جانب الشفيع عن ارادته فى ذلك ٠ وهذا يجعل الشفعة مؤلفة من عنصرين : عنصر الواقعة القانونية وهو يقوم على واقعة الجوار هنا بالاضافة الى حصول بيع العين المشفوع فيها وهو ما يعتبر واقعة مادية أو قانونية بالنسبة الى الشفيع ، وعنصر التصرف القانونى وهو اتجاه ارادة الشفيع الى الأخذ بالشفعة واعلانه ذلك ، فلا تعتبر الشفعة اذن واقعة قانونية خالصة وانما واقعة مركبة (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٢) ٠

طبيعية ، يعتبر سببا فى اكتساب الملكية أو الحقوق العينية اذا اقترن بالحيازة وهى واقعة مادية اختيارية من فعل الانسان (م ٩٦٨ و ٩٦٩ مدنى) والاستيلاء ، وهو عمل مادى اختيارى ، يكسب ملكية المنقول الذى لا مالك له (م ٨٧٠ مدنى)(١) ٠

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية ، فواقعة القرابة ـ وهى واقعة مادية ـ قد تولد الحق فى النفقة بين الاقارب ٠ والفعل الضار ، وهو فعل اختيارى من الانسان ، يولد الحق فى التعويض ، سواء كان فاعله قاصدا احداثه أو غير قاصد ، اذ التعويض يترتب بفعله المادى لا بارادته ٠ والفعل النافع ، وهو عمل مادى ، يجعل للمفتقر حقا فى التعويض قبل الشخص الذى أثرى بلا سبب مشروع على حسابه (م ١٧٩ مدنى) : فمن تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له ، وجب عليه رده (م ١٨١ مدنى) ٠ والفضولى ، وهو من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، كمن يتولى اصلاح جدار جاره الغائب اذا كان الجدار وشيك السقوط ، يتولد له نتيجة هذا الفعل النافع للجار حق فى استرداد النفقات الضرورية والنافعة التى سوغت الظروف انفاقها للقيام بهذا الاصلاح وفوائدها ، وفى التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدنى) ٠

وقد تكون الواقعة القانونية كذلك مصدرا لانقضاء الحقوق ٠ فهلاك الشىء ، وهو واقعة مادية ، يؤدى الى انقضاء الحق العينى الوارد عليه ٠ وتنتهى

---

(١) يراعى أن الحيازة والاستيلاء ، وهما فى ذاتهما من الوقائع القانونية او المادية ، ينطويان على ارادة فى التملك أو اكتساب الحق العينى ، ولذلك يعتبران من الوقائع المختلطة وان كان العمل المادى فيهما هو الغالب (أنظر : عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق ٠ ـ وأنظر سابقا ، هامش «٢» ص ٧٢٥ ـ ٧٢٦) ٠

ولكن يراعى أن المقاصة فى القانون المصرى الحالى ـ خلافا للقانون الفرنسى ـ مصدر مزدوج مؤلف من واقعة مادية ومن تصرف قانونى ، مما يجعل منها واقعة مركبة : اذ لا تكفى واقعة المقاصة المادية وحدها لانتاج أثرها ، بل لا بد لذلك من اعلان أحد طرفيها ارادته فى التمسك بها (أنظر فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، فقرة ٣٥٤ ، ص ٦٣٢) ٠

الحقوق العينية الأصلية ، عدا حــق الملكية ، بعدم الاستعمـــال طوال خمس عشرة سنة وهو واقعة مادية • وتنتهي حقوق الدائنية بسكوت الدائن عــن المطالبة بحقـــه طوال مدة معلومة تختلف بحسب الأحــوال (م ٣٧٤ مدنى وما بعدها) ، وباتحــاد الذمة La confusion الذى تجتمع بمقتضاه صفة الدائن والمدين فى شخص واحد (م ٣٧٠ مدنى) ، وبالمقاصة التى بمقضتاها ينقضى الدينان المتقابلان بقدر الاقل منهما اذا كانا مستحقى الأداء خاليين من النزاع وكان محل كل منهما نقودا أو مثليات (م ٣٦٢ مدنى) •

وقد ترتب الواقعة القانونية آثارا أخرى ، فالقرابة قد تكون مانعا من موانع الزواج ، والجوار قد يحد من استعمال حق الملكية ، ونزع الحيــازة قد يترتب عليه قطع التقادم ، وحالة القصر قد يترتب عليها وقف التقادم •

الفصل الثانى

التصرف القــانونى

٣٨٠ ـ التصرف القانونى ، أهميته وآثاره

سبق ان قلنا أن التصرف القانونى هو ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانونى ، وخاصة الى انشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضــائه ، ورأينــا ما يميزه على هذا النحو عن الواقعة القانونية وهى عمل مادى يرتب القــانون عليه أثر معينا ، وأهمية التمييز بينهما ونتائجه •

وقد حظى التصرف القــانونى ، أو على الأصــح العقــد وهو صورته الرئيسية ، بعناية الفقه التقليدى الذى أعطاه أهمية بالغة بالقياس الى الواقعة القانونية التى كادت تتلاشى أمامه • وقد كان هذا المسلك مردودا فى جــانب كبير منه الى التأثر بالمذهب الفردى ، والمغالاة فيما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة مغالاة غير مقبولة تأدت بالبعض الى رد كل شىء الى الارادة وهى جوهر التصرف القانونى ، فقيل ان القانون انما يتولد من الارادة العامة فى الجماعة أو من العقد الاجتماعى ، وان الميراث يتولد من وصية ضمنية للمورث ، وان حق المجتمع فى توقيع العقــاب على المجرم يتولد من ارادة هذا المجرم ورضاه مقدما بالعقاب(١) •

واذا كان من الواجب التسليم بأهمية التصرف القانونى فى كل نواحى القانون وفروعه ، فينبغى أن لا يكون ذلك على حساب الواقعــة القانونية بما يكاد يحجبها أو يقلل من أهميتها ، فالواقعة القانونية والتصرف القــانونى صنوان فى الأهمية من حيث ترتيب الآثار القانونية • وكــذلك اذا كان من

---

(١) أنظر فى الاشارة الى منطق هذه المغالاة ، وفى تفنيده :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج١ ، فقرات ٤٣ و ٤٤ •

الواجب الاعتراف بقدرة الارادة على توليد الآثار القانونيـة المختلفـة ودورها الكبـير في ذلك ، فينبغي أن يظل مفهوما رغم ذلك أن الارادة ليست مطلقـة السلطان كل الاطلاق في ذلك ، فثم قيود ، غدت اليوم متزايدة ، تحد من هذا السلطان كما سنرى ٠

وعلى أى حال ، فينبغي أن يراعى أن الأهمية البالغة المعطـاة في الفقه التقليدى للتصرف القانونى على حساب الواقعة القانونية ، انما كانت منصرفة في الواقع الى الصورة الرئيسية للتصرف القانونى وهي العقد ، فلم يعن هذا الفقه بتأصيل نظرية عامة للتصرف القانونى في ذاته ٠ وقد سـار المشرع المصرى على هذا النهج ٠ ولكنه نهج غير سليم ينبغي العدول عنه وبناء نظرية عامة للتصرف القانونى في ذاته ، تؤصل القـواعد الكليـة التى تحكم التصرف القانونى على اختلاف صوره وتطبيقـاته ٠ ويقتضى ذلك الخـروج بالتصرف القانونى من النطاق المحدود الذى حصره فيه الفقه التقليدى وهو نطاق نظرية الألتزام(١) ٠ فالواقع أن التصرف القانونى ليس مولدا للحقوق الشخصيـة أى حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات فحسب ، بل هو يولد كذلك حقوقا أخرى غيرها ٠ فضلا عن أنه لا يقتصر على توليد كل هذه الأنواع من الحقـوق المختلفة فقط ، بل هو كذلك يولد آثارا أخرى مختلفة من أهمها تعديل هذه الحقوق ونقلها وانقضاؤها ٠

فالتصرف القانونى يولد الحقوق أساسا : فعقـد الزواج ، وهو تصرف قانونى ، يولد حقوق الأسرة وفق النظام القانونى للأسرة ٠ والعقد بوجه عام، وهو تصرف قانونى بارادتين ، يولدُ الحقوق الشخصية أى حقـوق الدائنيـة وما يقابلها من التزامات ٠ وكذلك يولد الوعد بجائزة ، وهو تصرف قانونى بارادة منفردة ، حقا شخصيا لمن يقوم بالعمـل المتعلق به الوعـد ٠ وكذلك

(١) وقد صاغ المشرع الألمانى منذ مطلع القرن الحالى فى صلب تقنينه المدنى نظرية عامة للتصرف القانونى مخرجا اياه من النطاق التقليدى المحدود لنظرية الالتزام ٠ ولكنه اقتصر على ذلك ، فلم يعن بصياغة نظرية عامة للواقعة القانونية (أنظر كتابنا أصول القانون ، ص ١٠٤٨ ، ومتن وهامش «٢» ص ١٠٥٧) ٠

يعتبر التصرف القانوني عموما مصــــدرا مولداً أو مكسباً للحقــوق العينيــة الأصلية ، غير أن قدرته في هذا الشأن قد أصبحت محدودة مقيدة فيما يتعلق بالعقارات ، حيث يعلق انشاء هذه الحقوق عليها على شهر التصرف بالتسجيل، حتى ليمكن أن يقال اذن ان مصدر الحقوق العينية الأصلية العقــارية مصدر مزدوج أو واقعة مركبة تتألف من العقد وهو تصرف قانوني ومن التسجيل وهو واقعة قانونية أو مادية(١) ٠ وكذلك يعتبر العقد مصدرا لبعض الحقوق العينية التبعية ، وهي الرهن بنوعيه الحيازي والرسمي ٠

وكذلك يؤدي التصرف القانوني الى نقل الحقوق وتعديلها وانقضائها ٠ فالحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية يمكن نقلها عن طريق الحوالة ، وهي اتفاق أو تصرف قانوني بين الدائن وشخص آخر بمقتضاه يخول الدائن لهذا الشخص ما له من حق في ذمة المدين (م ٣٠٣ مدني) ٠ والحـــق الشخصي أو حق الدائنية ينقضي ويستبدل بالتجديد ، وهو تصرف قانوني أو اتفاق بين الدائن والمدين أو بين الدائن والمدين وأجنبي على استبدال حق أو دين جديد بحق أو دين قديم مما ينقضي به الحق أو الدين القديم وينشــأ الحق أو الدين الجديد (م ٣٥٢ مدني وما بعدها) ٠ وينقضي حق الدائنية كذلك بالابراء ، وهو تصرف قانوني بارادة منفردة ينزل الدائن بمقتضاه عن حقه قبـل المدين دون مقابل (م ٣٧١ و ٣٧٢ مدني) ٠ والحق العيني ينقضي بنزول صـــاحبه عنه ، وهو تصرف بارادة منفردة ٠

وكذلك قد يرتب التصرف القانوني آثارا أخرى ٠ فهو يتخـذ وسيلـة لتأكيد حق ثابت أصلا وجعله باتا غير قـــابل للنقض ، كقبول المـــوصى له الوصية ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وهو في الحالين تصرف بارادة منفردة ٠ وقد يتخذ التصرف القانوني وسيلة لتصحيح تصرف سابق قـابل للابطال عن طريق الاجازة ممن شرع الابطـال لمصلحته ، أو لتغيير الوصف الذي يتصرف بمقتضاه الغير ، كاقرار رب العمل تصرف الفضولي بما يحـول

---

(١) في هذا المعنى :
محمد سامي مدكور ، ص ٢٢٣ ٠

الفضولي في هذا الشأن الى وكيل ، وكل من الاجازة والاقرار كـــذلك تصرف بإرادة منفردة . وكذلك فارادة الواقف تنشيء الوقف كشخص اعتباري .

واذا كانت الامثلة السابقة كلها تدخل في نطـــاق القانون المـدني أو القانون الخاص بوجه عام ، فلا يعني ذلك أنه لا دور للتصرف القانوني في نطاق القانون العام ، بل دوره فيه كذلك كبير وأهميته بالغة . ويكفي للدلالة عـلى ذلك التمثيل له في نطاق القـانون العـام الداخلي بالتشريع ، واللـوائح أو القرارات الادارية التنظيمية ، والقـــرارات الادارية الفردية (مثل تعيين أو فصل موظف ، أو قبول طلب تجنس) ، والأحكام القضائية ، والمعاهدات في مجال القانون الدولي ، فهذه كلها تصرفات قانونية تولد حقوقا أو تكشف عنها وتؤكدها أو تنتج آثارا قانونية أخرى مختلفة .

٣٨١ ـ أنواع التصرف القانوني وأقسامه

يتنوع التصرف القانوني تنوعا كبيرا وينقسم أقساما عدة بتعدد الأوجه التي ينظر اليه من خلالها . وقد سبق أن أشرنا الى أن التصرف القانوني اذا نظر اليه من حيث الاثر الذي يعود به على صاحبه أو أصحابه قد يكون نافعـا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر ، ورأينا كذلك أهمية هذا التقسيم في شأن ناقصي الأهلية وتحـــديد ما يملكون اجراءه من تصرفات[١] .

ويتفرع هذا التقسيم في الواقع عن تقسيم آخر للتصرف القـانوني الى تصرف بعــوض (acte à titre onéreux) يأخذ فيه المتصرف مقابلا لما يعطي كالبيع والمقايضة والايجار ، وتصرف على سبيل التبرع (acte à titre gratuit) يعطي به المتصرف دون مقابل كالهبة والوصية . وتبدو أهمية هذا التقسيم بخاصة في أن المشرع قد يتطلب أحيانا في المتبرع أهلية خاصة بينما يكتفي في شأن المعاوض بالأهلية العادية ، وفي أن تصرف المدين عـلى سبيل التبرع لا ينفذ في حق دائنه ولو كان المتبرع له حسن النية ولو ثبت

---

(١) أنظر سابقا ، فقرات ٢٩١ و ٢٩٤ .

أن المدين لم يرتكب غشا ، بينما اذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش (م ٢٣٨ مدنى) ٠

وينقسم التصرف القانوني كذلك ، بالنظر الى وقت نفاذه وترتيب آثاره الى تصرف فيما بين الأحياء (acte entre vifs) وتصرف مضاف الى ما بعد الموت (acte à cause de mort) . ٠ والأول ، كالبيع والايجار والهبة ، وهو الأصل في التصرفات ، ينفذ في الأصل في حياة صاحبه أو أطرافه أو لا يعلق نفاذه على موته أو موتهم ٠ بينما الثاني ، كالوصية ، يعلق نفـــاذه وترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت ٠ وتبدو أهمية هـــذا التقسيم في أن للمتصرف بتصرف مضاف الى ما بعد الموت حق الرجوع في تصرفه قبل وفاته ، وفي أن هذا التصرف ليس مطلق الحرية في تصرفه حتى لا يضر بورثته ، ولذلك يحدد المشرع عادة نصابا ينحصر التصرف المضاف الى ما بعد الموت في حدوده ٠

غير أن ثم تقسيمات أخرى للتصرف القانوني ينبغي أن نعرض لها ببعض التفصيل بالنظر الى أهميتها ودقتها ، وهي تقسيم التصرف من حيث تكوينه ومن يصدر عنه الى تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبين ، وتقسيمه من حيث دوره ووظيفتـــه الى تصرف منظم وتصرف شرطي وتصرف شخصي أو ذاتي ، وتقسيمه من حيث أثره في الحقوق الى تصرف منشيء وتصرف كاشف. فنبين فيما يلي كل تقسيم منها وأهميته ٠

٣٨٢ ـ التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين

قد يكفي لقيام التصرف القـــانوني وجود ارادة واحدة أو صـــدوره من شخص واحد يعمل بوصف واحد[١] فيقال انه تصرف من جـــانب واحد أو

---

(١) فيخرج عن أن يكون تصرفا بارادة منفردة التصرف الذى يصدر من شخص واحد يعمل بوصفين مختلفين في نفس الوقت ٠ ولذلك يعتبر عقدا تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه (راجع في أحكام تعاقد الشخص مـع نفسه : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٩٥ ـ ٩٧) ٠

تصرف بإرادة منفردة ، كالايصاء(١) ، والوقف ، والنزول عن الحق العيني ، والوعد بجائزة ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وقبول الموصى له الوصية ، واجازة العقد القابل للابطال ، واقرار رب العمل تصرف الفضولي . والقرار الاداري • وقد يتطلب انعقاد التصرف القانوني توافق ارادتين (أو أكثر) على انتاج الأثر القانوني ، فيقال انه تصرف من جانبين وهو ما يعرف باسم العقد أو الاتفاق(٢) ، مثل عقد البيع والايجار والعمل والمقاولة وحوالة الحق وتجديد الدين •

ويشيع في فقه القانون العام ، وعند بعض فقهائه بخاصة مثل « ديجي »(٣) . انكار وصف العقد أو الاتفاق على بعض التصرفات القانونية المنعقدة بارادتين أو أكثر ، مثل : عقد الزواج ، بحجة أن طرفيه لا يملكان تحديد آثاره ، بل القانون هو الذي يستقل بهذا التحديد • وعقد الشركة ، بحجة أنه ينظم مصالح متوافقة — لا متعارضة كما هو الأصل — لأطرافه ويولد التزامات متماثلة متبادلة بينهم • وعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين صاحب عمل أو أكثر من أصحاب العمل ، بحجة أنه لا ينشيء مراكز شخصية بقدر ما يحدد من مراكز موضوعية ويضع أصولا وقواعد قانونية لتنظيم شروط العمل في حرفة أو مهنة أو منشأة معينة •

وأيا كان ما يطلق على مثل هذه التصرفات من تسميات مختلفة كالتصرفات

---

(١) هذا هو المقرر في القانون المصري ، حيث لا ينظر الى قبول الموصى له على أنه ركن لانعقاد الوصية وانما مجرد شرط للزومها فحسب ، فلا تعتبر اذن عقدا من العقود ، ولذلك تنص المادة ٢٠ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى •• » •

(٢) يجرى بعض الفقهاء على التمييز بين « الاتفاق » وبين « العقد » باعتبار الاول هو الجنس والثاني هو النوع ، بحيث يكون الاتفاق هو توافق ارادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني بانشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه ، بينما يكون توافق الارادة في العقد قاصرا على انشاء الالتزام فحسب • ولكن التفرقة بين الاتفاق وبين العقد على هذا النحو غير ذات أهمية ولذلك يجرى العمل على عدم التمييز بينهما واستعمال أيهما في الدلالة على نفس المعنى من القدرة على ترتيب أي أثر قانوني كان أي على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه (في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٦ ، ٣٧) •

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 37 - 40, pp. 367 - 425.

الجماعية (actes collectifs) والتصرفات الاتحادية (unions) ، ورغم ما يوجد من أوجه اختلاف غير منكور بين هذه التصرفات وبين النموذج العادي التقليدي للعقد أو الاتفاق مما يبرر اخضاعها من هذه الوجوه لقواعد خاصة ، فيبقى أن فكرة الاتفاق يمكن أن تتسع لهذه الأشكال والصور جميعا اذا أخذنا اصطلاح الاتفاق بمعناه الأعم وهو توافق ارادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني(١) .

٣٨٣ ـ التصرف المنظم والتصرف الشرطي والتصرف الشخصي

يرجع الفضل في هذا التقسيم الى فقهاء القانون العام أساسا(٢)، ولذلك أتيح له أن يستقر في فقه القانون العام قبل القانون الخاص ، وان كان يأخذ طريقه اليوم للدخول الى هذه الفقه الأخير(٣) . وهذا التقسيم مبني على اختلاف دور التصرف القانوني ووظيفته ، وهو ما ينعكس أثره كذلك على مدى آثاره .

فحيث يكون دور التصرف القانوني هو وضع قواعد قانونية عامة مجردة ابتداء أو التعديل في القائم من مثل هذه القواعد ، يكون التصرف القانوني منظما (acte-règle) ، مثل التشريع العادي واللوائح الادارية ، وعقد العمل الجماعي ، ونظم الجمعيات والنقابات والشركات .

وحيث يكون دور التصرف القانوني منحصرا في أن يكون وجوده شرطا أوليا لازما لاعمال أحكام نظام قانوني عام على شخص من الأشخاص ، أو لوضع هذا الشخص في مركز ينظمه ويحكمه القانون مباشرة ، يكون التصرف شرطيا (acte-condition) . فمثل هذا التصرف اذن لا يملك بذاته تحديد آثاره وانما يحددها القانون وحده مباشرة ، بحيث لا يكون وجود التصرف الا تمهيدا

---

(١) في هذا المعنى :
Gény, Science et technique, t. IV. pp. 210, 211.

(٢) أنظر في ذلك بخاصة :
Duguit, op. cit., t. I, Nos. 29, 61, pp. 307 - 315, 325 - 331. — Règlade. Valeur sociale et concepts juridiques, pp. 103 - 105.

(٣) أنظر في ذلك بخاصة :
Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. No. 70, pp. 66 - 68.

وشرطا لاعمال أحكـــام القانون وتطبيق نظام قانوني معـــين على شخص أو أشخاص يعينهم التصرف . ومن أمثلة التصرف الشرطي ، قرار تعيين الموظف، وقبول التجنس ، وعقد الزواج .

وحيث يكون دور التصرف القـانوني انشاء مركز شخصي لأطرافه ، أي مركزا خاصا مؤقتا يعين التصرف نفسه مداه ويحدد آثاره ، يكـــون التصرف شخصيا أو ذاتيا (acte subjectif) ، مثل الوصية وعقد البيع والايجـار والهبة والعارية والوديعة .

ويراعى في شأن هذا التقسيم أن الحد الفاصل بين التصرف الشخصي والتصرف الشرطي ليس بالقـاطع ، وانه يدع مجالا للتداخل والاختلاط بين نوعي التصرف ، حيث يضيق مدى سلطان الارادة ويصبـح جانب غـير قليل من آثار بعض التصرفات القانونية محددا ومحكوما مقدما بمجموع من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام(١) ، وهو ما يكثر في العصر الحـديث خاصـة أمام ازدياد تدخل الدولة وهيمنتها على توجيه الاقتصاد الوطني(٢) . وفضلا عن ذلك ، فالقول بأن التصرفات المنظمة تضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وتعتبر لذلك مصادر للقانون(٣) قول محل نظر ، فانه اذا صدق هـذا القول في شأن بعض صور التصرفات كالتشريع عموما سواء كان دستورا أو قانونا أو لائحة ، فهو محل شك في باقي صورها الأخرى .

٣٨٤ ـ التصرف المنشيء والتصرف الكاشف

يقوم هذا التقسيم على أساس تفاوت أثر التصرف القانوني في الحقوق ، فقد يكون هذا الأثر انشاء للحقوق ، وقد يكون كشفا وتقريرا لها . ولذلك فالتصرف القـــانوني من هـــذا الوجه اما تصرف منشيء واما تصرف كاشف أو مقرر .

أمـــا التصرف المنشيء (acte constitutif) ، وهو الغـــالب في

---

(١) Marty et Raynaud, t. I, 122, p. 211.

(٢) Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 70, p. 67.

(٣) Marty et Raynaud, t. I, No. 124, pp. 212 - 214.

التصرفات فهو الذى من شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص ابتـداء أو انتقالا(١) • والتصرف المنشىء ابتداء هو الذى يخلق حقا جديدا أصلا ، كعقد الزواج ينشىء لكل من الزوجين قبل الآخر — نتيجة اخضاعهما لنظـام الزواج القانونى — حقوقا مبتدأة ، والحكم القضائى بتطليق الزوجة على زوجها ينشىء للزوجة — وأحيانا للزوج — حقوقا مبتدأة كذلك • والتصرف المنشىء انتقالا هو الذى ينقـل أو يحول حقا قائما أصـلا من صاحبه الاصلى الى صاحب جديد ، كعقد البيع أو الهبة ينشىء للمشترى أو للموهوب له حقا فى ملكيـة المبيع أو الشىء الموهوب بنقله اليه من البائع أو الواهب ، وينشىء للبائع حقا فى الثمن بنقله اليه من المشترى •

وأما **التصرف الكاشف أو المقرر** (acte constitutif) (٢) ، فليس من شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص لا ابتداء ولا انتقالا وانما هو يفترض أصلا وجود حق قائم من قبل مترتبا على تصرف منشىء سابق • ولـكن هذا الحق يعترضه من العقبات ما يجعله غير فعال ، فقد يرد على وجوده الانكار ، أو تكون بعض عناصره — رغم التسليم بوجوده — محل منازعة . أو يرد عليه من الوصف ما يقيده ويحد من مباشرته ، فيحتاج اذن الى التحرر مما يثقله من هذه القيود والعقبـات بما يطلق له كامل مفعوليته ، والتصرف الكاشف هو الذى يحقق له ذلك • فالتصرف الكاشف اذن هو الذى يسمح لحق سابق غير

---

(١) يشيع فى الفقه قصر اصطلاح « التصرف المنشىء » على التصرف المنشىء ابتداء فحسب ، والتعبير باصطلاح « التصرف الناقل (acte translatif) » عن التصرف المنشىء انتقالا • والذى يبدو لنا ، على الأقل فى مجال المقارنة بين هذين النوعين من التصرف من ناحية وبين التصرف الكاشف أو المقرر من ناحية أخرى ، ليس من حرج فى الاكتفاء باصطلاح « التصرف المنشىء » وصرفه الى الانشاء على سبيل الابتداء والانتقال على السواء ، فهو يستوعبهما معا ويفيد ما يتمدى فيه من معنى انشاء حق لم يكن للشخص من قبل سواء كان ثابتا أو غير ثابت أصلا لغيره •

(٢) راجع فى ذلك بخاصة :

Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse. Rennes, 1962. — Boyer, La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse, Toulouse, 1947. — Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'effet déclaratif, Thèse, Toulouse, 1949.

فعال بانتاج كل آثاره(١) ، أو هو الذى يطلق لحـــق ســابق كامل مفعوليته-بتحريره مما كان يعترضه من عقبـات • ومن أمثـــلة التصرفات الكاشفة : الاعتراف بالبنوة الطبيعيـة ، والأحكام القضـائية فى الأصل ، والصلح ، والقسمة •

فالاعتراف بالبنوة الطبيعية غير الشرعية ، فى الشرائع التى تتيح هـذا الاعتراف ، هو السند اللازم الذى كانت تفتقده البنوة الطبيعية القائمة أصلا لانتاج آثارها القانونية(٢) • والأحكام القضائية أحكام كاشفة فى الأصل(٣) ، لانها انما تعترف بحق سابق محل متازعة فى وجوده أو فى بعض عنـــاصره-وتعطيه ما كان يفتقده من تأكيد أو قوة أو تحديد • والصلح كـذلك تصرف-كاشف ، اذ هو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا فالصلح اذن ليس هو المصدر المنشىء لحق كل من المتصالحين اذ هو سابق على الصلح ، وانما يكشف الصلح عن وجود هذا الحق ويحدده على النحو الذى تنتفى به المنازعة فيه فيكسبه ما كان ينقصه ـ نتيجـة هـــذه المنازعة ـ من تأكيد • وقسمة الشيء الشائع كذلك تصرف كاشف(٤) ، فهى لا تنشىء لكل متقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل ، وانما تكشف عن حقـــه القائم أصلا منذ الشيوع وبنفس سنده(٥) ، ولكن مع تحريره مما كان يثقـــل مباشرته-

---

(١) Merle, Thèse précitée, Nos. 219, 254.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ط ٢ ، ١٩٦٥ ، فقرة ١٥٣ ، ص ٥١٠ و ٥١١ .

(٢) أنظر فى ذلك :
Merle, thèse précitée, No. 29.

(٣) ولكن استثناء من ذلك ، توجد بعض أحكام قضائية منشئة ، مثل الحكم بالتطليق ، والحكم برسو المزاد ، والحكم بالرجوع عن الهبة •

(٤) راجع فى اعتبار القسمة تصرفا كاشفا ونفى اعتبارها تصرفا ناقلا أو منشئا : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرات ١٥٢ و ١٥٣ ، ص ٥٠٥ ـ ٥١٣ •

(٥) فاذا كان الشيوع نتيجة تركة ورثهـا الشركاء معا أو نتيجة اشتراك منهم فى شراء الشىء الشائع ، فيظل سند حق كل شريك متقاسم بعد القسمة هو سنده قبلها من الارث أو عقد البيع •

في ظل الشيوع من قيود التزاحم بين الشركاء ، اذ تفرز لكل شريك متقاسم نصيبا ماديا من الشيء الشائع يعادل حصته الرمزية في الشيوع(١) بحيث يستأثر عليه وحده بكامل سلطات حقه دون مشاركة أو مزاحمة من الباقين .

وتبدو أهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة بخاصة(٢) في أن التصرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ، لأن السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق أي أنه من حيث طبيعته تصرف منشيء ولا يعيبه الا صدوره من غير صاحب الحق .

وكذلك تبدو هذه الأهمية من حيث أثر التسجيل . فبينما يجب تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية لكي تنتج هذه التصرفات أثرها فيما بين ذوي الشأن أو بالنسبة الى الغير ، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة الى تسجيل ولكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير الا بتسجيلها (م ٩ و ١٠ من قانون الشهر العقاري) .

٣٨٥ — مبدأ سلطان الارادة وقيوده

اذا كان التصرف القانوني ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانوني ، فمقتضى ذلك الاعتراف للارادة بالقدرة على توليد الآثار القانونية ، وخاصة انشاء الحقوق ونقلها وتغييرها وانقضائها ، ويعبر عن ذلك بمبدأ سلطان الارادة . ولكن من الواضح أنه ليس للارادة مثل هذا السلطان الا اذا كانت كاملة صادرة من ذوي أهلية ، وكانت صحيحة مبرأة من عيوب الغلط والخداع

---

(١) كالنصف أو الثلث أو الربع .

(٢) وقد كان الفقه التقليدي يرتب كذلك أهمية أخرى على التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث تميز الأخيرة بأثرها الرجعي . وليس هنا مجال الدخول في مناقشة هذا الفقه تفصيلا . ولكن يكفي أن نقول أن ما يقيمه من ترادف بين الأثر الرجعي وبين التصرف الكاشف ليس الا محض افتراض . وأنه ليس في طبيعة التصرف الكاشف ما يحتم رجعيته (أنظر خاصة في نفي الأثر الرجعي للقسمة باعتبارها تصرفا كاشفا ، كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥٧ ، ص ٥٢٨ — ٥٤٠) .

أو التدليس والاكراه والاستغلال ، وكان لها محل وسبب مشروع (م ١٣٥ و ١٣٦ مدنى) .

وقد سبقت الاشارة الى ما كان لانتصار المذهب الفردى من أثر فى المغالاة فى اطلاق مبدأ سلطان الارادة . ولكن لم تلبث هذه المغالاة أن تكشفت - أمام تطور الحياة الاقتصادية - عن نتائج ظالمة ، اذ صار مبدأ سلطان الارادة سلاحا فى يد الأقوياء يتحكمون به فى الضعفاء باسم حرية الارادة وسلطانها، مما مهد لمغالاة عكسية من جانب المذهب الاجتماعى فى اهدار سلطان الارادة أمام سلطان الجماعة والقانون تحقيقا للصالح العام . غير أنه اذا كانت المغالاة فى اطلاق مبدأ سلطان الارادة ليست بالمقبولة ولا العادلة ، فكذلك المغالاة فى اهداره ليست بالمأمونة العواقب . لذلك يتخذ المشرع المصرى موقفا وسطا بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى فى هذا الشأن ، فيقرر فى الأصل مبدأ سلطان الارادة ، ثم يورد عليه من القيود ما يتوقى خطر اطلاقه دون أن ينتهى الى الغائه .

ولمبدأ سلطان الارادة وجهان متقابلان : كفاية الارادة لانشاء التصرف القانونى ، وقدرة الارادة واستقلالها بتحديد ما يترتب على التصرف من آثار قانونية ، فنعرض لكل من الوجهين وقيوده فيما يلى :

١ - **كفاية الارادة لانشاء التصرف القانونى :** مقتضى مبدأ سلطان الارادة أن مجرد الارادة وحدها تكفى لانشاء التصرف القانونى ، دون شكليات معينة تصحبها . ويعبر عن ذلك بقاعدة الرضائية ، وهى السائدة اليوم فى القانون الحديث كأصل عام . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة . فثم تصرفات قانونية يحتم المشرع لنشوئها وانعقادها افراغها فى شكل معين من الأشكال(١) ، بحيث يترتب على تخلف هذا الشكل بطلان التصرف نفسه بطلانا مطلقا .

---

(١) أما تطلب شكل معين ، كالكتابة ، لاثبات التصرف القانونى ، فليس فى حقيقته قيدا على قدرة الارادة وكفايتها لانشاء التصرف القانونى ، اذ يقوم التصرف غير المكتوب وينعقد فى مثل هذه الأحوال بمحض الارادة المجردة من هذا الشكل ، وان كان تخلف هذا الشكل يجعل اثبات التصرف مستحيلا اذا لم يتيسر اثباته بالاقرار أو اليمين .

ولكن اشتراط الشكلية لانعقاد التصرفات القانونية ليس في القانون الحديث ، على خلاف الحال في بعض الشرائع القديمة كالقانون الروماني ، الا مجرد استثناء من القاعدة الأصلية وهي قاعدة الرضائية ٠

٢ - قدرة الارادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها بذلك :

مقتضى مبدأ سلطان الارادة كذلك أن الارادة المنشئة للتصرف القانوني قادرة في الأصل على تحديد ما يتولد عنه من آثار قانونية وأنها تستقل بهذا التحديد ، بحيث يجب تحديد هذه الآثار كما حددتها الارادة دون تغيير أو تعديل ٠ ولكن اطلاق هذا الوجه من مبدأ سلطان الارادة ليس متصورا ٠ فهناك من القيود الكثيرة ما يعتبر فرضه ضروريا لرفع التباين وتحقيق الوحدة في أمر نظام من الأنظمة الأساسية في الجماعة ، أو لكبح جماح انطلاق الارادة في ترتيب الآثار القانونية والحد من تغليب الصالح الفردي على حساب الصالح العام ، أو لحماية الغير واستقرار المعاملات ٠

فثم تصرفات قانونية ينعدم سلطان الارادة في تحديد ما يتولد عنها من آثار قانونية ، بحيث يقتصر دورها على مجرد الاحالة في شأن هذا التحديد الى نظام قانوني معين يستقل بفرضه القانون ، كما هو الشأن في التصرفات الشرطية كعقد الزواج ٠

وواضح ، الى جوار ذلك ، أن فكرة النظام العام والآداب تعتبر هي القيد الرئيسي الذي يرد على سلطان الارادة في ترتيب ما تشاء من آثار قانونية ٠ وقد كان من أثر تراجع المذهب الفردي في صورته المطلقة ، أمام تقدم وانتشار المذهب الاجتماعي ، ازدياد تدخل الجماعة في علاقات الأفراد كفالة للصالح العام وتحقيقا للتوازن بين قوى الأفراد غير المتعادلة ، مما اتسع معه نطاق فكرة النظام العام اتساعا كبيرا قابله بالطبيعة انكماش ظاهر في مدى سلطان ارادة الأفراد في ترتيب الآثار القانونية ، بحيث بات كثير من التصرفات القانونية - كعقد العمل الفردي - أقرب الى التصرفات الموجهة التي يستقل القانون بتنظيم كل أو جل آثارها ٠

- وكذلك فان وجوب التزام ما تحدده الارادة من آثار قانونية وتنفيذ التصرفات القانونية على هذا النحو من التحديد دون تعديل ، لم يعد اليوم بالقاعدة المطلقة • بل تتجه بعض القوانين الحديثة نحو اعطاء القاضى سلطة واسعة فى تعديل العقود وتغيير ما حددته الارادة من شروط فى أحوال معينة. وفى طليعة هذه القوانين التقنين المدنى المصرى الحالى ، الذى يعطى القاضى هذه السلطة الواسعة فى حالة الظروف الطارئة وفى شأن عقود الاذعان •

فاذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى - وان لم يصبح مستحيلا - صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى - تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ١٤٧/١ مدنى)(١) •

وكذلك ففى شأن عقود الاذعان ، التى يملى فيها طرف على الطرف الآخر شروط التعاقد دون أن يقبل مناقشة فيها ، بالنظر الى احتكاره الخدمة أو السلعة محل التعاقد احتكارا قانونيا أو فعليا أو سيطرته عليها سيطرة تحد كثيرا من المناقشة فى شأنها ، كالعقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه - يجوز للقاضى - اذا كانت هذه الشروط تعسفية أن يعدلها أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة (م ١٤٩ مدنى) •

وكذلك اذا كان الأصل هو قدرة الارادة بذاتها على توليد ما تحدده من آثار قانونية ، فقد يخرج المشرع على ذلك فيعلق توليد هذه الآثار أو بعضها على وجوب اتخاذ اجراء من اجراءات الشهر والعلانية للتصرف القانونى حماية للغير واستقرارا للمعاملات • ومن ذلك أن المشرع يعلق انتاج التصرفات

---

(١) وتقنين نظرية الظروف الطارئة بنص صريح يدخلها فى نطاق القانون المدنى المصرى والمعاملات المدنية على هذا النحو المستحدث ، سبقه أخذ القضاء الادارى المصرى بهذه النظرية داخل نطاق القانون الادارى اتباعا لنهج القضاء الادارى الفرنسى •

القانونية لانشاء أو نقل أو تغيير أو زوال الحقوق العينية الأصلية العقارية - سواء فيما بين ذوى الشــــأن أو بالنسبة الى الغــير - على تسجيــل هـــذه التصرفات (م ٩ من قانون الشهر العقارى) ، كما يعلق انتـــاج التصرفات القانونية المنشئة لحقوق عينية عقارية تبعية لاثرها من التتبع والافضليـة فى مواجهة الغير على قيدها (م ١٢ من قانون الشهر العقارى) .

الباب الرابع

استعمال الحق

٣٨٦ – استعمال الحق فى تطوره من الاطلاق الى التقييد

قلنا ، عند التفرقة بين محل الحق ومضمونه(١) ، أن مضمون الحق هو تلك المكنات والسلطات التى يخولها الحق لصاحبه • فمضمون حق الملكية مثلا هو تلك السلطات التى يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه • ومضمون حق المقرض هو قدرته على مطالبة المقترض برد القرض فى الأجل المضروب • ومضمون حق المؤلف هو السلطات التى تثبت للمؤلف على مصنفه ، سواء كانت معنوية تعبر عن أبوته الفكرية أو مالية تنحصر فى استغلال المصنف استغلالا ماليا •

وهذه السلطات التى تكون مضمون الحق ، هى التى يستعملها صاحب الحق فى سبيل التمتع بحقه • والأصل أن استعمال هذه السلطات ، بوجه عام ، يحميه القانون ويعصم صاحبه من المسئولية عن نتائجه ، لأن الحق انما يستند الى القانون ويستمد وجوده الوضعى منه بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعلا مشروعا ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها وعينها القانون •

ومن هنا ، كان السائد زمنا طويلا أن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة فى استعمال حقه ، بحيث لا يكون مسئولا عما يصيب الغير من ضرر من جراء

---

(١) أنظر سابقا ، فقرة ٣٦٣ •

هذا الاستعمال . وقد أعان على ترويج الاعتقـــاد فى هذه الحصـــانة المطلقة انتشار المذهب الفردى الذى يقوم فقهه فى أســـاسه على الفرد وحقوقه ولا يعترف بوجود القانون الا لتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وكفالة هذا التمتع له . فالنظرة الى الفرد فى هذا المذهب كانت باعتباره الســـيد المطلق الذى تسخر الجمـــاعة فى خدمته ، مما استتبع اعتباره صاحب سلطـــان مطلق فى استعمال حقوقه كما يشاء داخل النطاق المحدد لها دون رقيب أو حسيب .

غير أن المذهب الاجتماعى الذى يقوم فى أساسه على الجمـــاعة وحقوقها لا على الفرد وحقوقه ، قد اتجه وجهة عكسية لوجهة المذهب الفردى فى هذا الصدد ، فذهب غلاة أنصاره الى انكار فكرة الحـــق واعتبـــاره مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازا بل تفرض عليـــه التزاما الى حد القول بأنه « ليس لأحد من حق الا فعل واجبه » ، بحيث يكون صاحب الحق كالموظف موكلا باستعمال هذه الوظيفة كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام وهو الهدف الأساسى لكل مجتمع .

وظاهر ما يوجد من مغالاة من جانب كل من المذهبين فى النظرة الى الحق واستعماله ، فاسباغ حصانة مطلقة على صاحب الحق فى استعماله يجعل الحق فى يده أداة طيعة مشروعة للاضرار بغيره فى ســـبيـــل تحقيـــق أغراض غير مشروعة ، واعتبار الحق وظيفة اجتماعية خالصة يلغى فكرة الحق الغاء يمحو كيان الفرد واستقلاله .

من أجل ذلك ، يذهب الفقه الحديث والتشريعـــات الحديثة فى مجموعها مذهبا وسطا بين النزعتين المتطرفتين ، يتخذ مظهره فى النظرية المعروفة باسم « نظرية التعسف فى استعمال الحق » . فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، فلا تلغى فكرة الحـــق بتحويله الى وظيفة اجتماعيـــة خالصة ، بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه فى استعماله بما يعود عليـــه من نفع ، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق الى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة ، فتضع رقابة على استعماله لحقه بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال .

وبذلك تبدلت النظرة الى استعمال الحق فلم يعد هذا الاستعمال مطلقا متروكا الى محض تقدير صاحب الحق يمارسه لتحقيق أغراض غير مشروعة ، وانما أصبحت حماية القانون مبسوطة على الاستعمال المشروع وحده . أما الاستعمال المنحرف الذى يحيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي ويخلق من الحق فى يده سلاحا يرفعه فى وجه الجماعة وصالحها ، فلا يستأهل حماية القانون ، مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال المنحرف غير المشروع أو منعه أصلا من الاقدام على مثل هذا الاستعمال . وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها ، وأصبحت « نظرية التعسف فى استعمال الحق » التى تعبر عن هذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة كذلك . فنعرض لهذه النظرية فيما يلى .

فصل وحيد

نظرية التعسف(١) فى استعمال الحق(٢)

La théorie de l'abus de droit

٣٨٧ — الأصول التاريخية للنظرية ، واستقرارها فى القانون الحديث

اذا كانت نظرية التعسف فى استعمال الحــق قد كتب لهــا التبلور والاستقرار كنظرية عامة فى العصر الحديث ، فلايعنى ذلكأنها نظرية مستحدثة لم تعرفها الشرائع القديمة ، بل الواقع أن جذورها تمتد الى المـــاضى البعيد بحيث نجد أصولها التاريخية مرتدة الى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية.

---

(١) تسمية هذه النظرية على هذا النحو هى التسمية السائدة . ولكن توجد تسميات أخرى قد تكون أظهر فى الدلالة على ما تعنيه هذه النظرية — كما سنرى — من ارتهان استعمال الحق بغايته أو قيمته الاجتماعية ، مثل تسميتها بنظرية « روح الحقوق ونسبيتها » كما يفعل بعض الفقهاء الفرنسيين مثل « جوسران » . ولكننا آثرنا رغم ذلك الابقاء على التسمية السائدة ، لأنها قد اكتسبت — بشيوعها وقدمها — حجية واستقرارا فى الأذهان ليس من الصالح زعزعته بتغيير الاصطلاح .

(٢) راجع فى هذه النظرية بخاصة :

Porcherot, De l'abus de droit, thèse, Dijon, 1901. — Josserand, de l'abus des droits, 1905. — Bardesco, l'abus de droit, thèse, Paris, 1913. — Perrochet, Essai sur la théorie de l'abus du droit dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites, thèse, Neuchâtel, 1920. — Campion, De l'exercice antisocial des droits subjectifs, La théorie de l'abus des droits, Bruxelles, 1925. — Markovitch, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, thèse, Lyon, 1936. — Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd., 1939. — Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1952, (dactylographiée).

أنور سلطان ، نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٧ ، العدد الأول ، ص ٧١ — ١٣٦ . — حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، ١٩٤٧ . — كتابنا أصول القانون ، فقرات ٣٩٩ — ٤١٦ ، ص ١٠٧٩ — ١١٦١ . — ودروسنا غير المطبوعة فى « نظرية التعسف » فى استعمال الحق لطلبة دبلوم الدراسات العليا القانون الخاص بجامعة الاسكندرية عام ١٩٥٩/١٩٦٠ .

وتراجعت أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر . وكان طبيعيا أن يتأثر التقنين المدنى الفرنسى الصادر غداة هذه الثورة فى مطلع القرن الماضى بهذه النزعة وما تعلنه من فكرة سيادة الفرد وحريته الكاملة وبخاصة فى استعمال حقوقه استعمالا مطلقا دون تعقيب عليه فى ذلك من قبل القضاء .

ولا نعيد القول فى انتقاد المذهب الفردى ولا فيما جره تطبيقه من نتائج ظالمة كثيرة ، فقد فصلنا ذلك من قبل . وانما يكفينا فى هذا المقام أن تكاثر الهجوم على المذهب الفردى وابتداء ظهور الدعوة للمذهب الاجتماعى ، لم يلبث أن حمل القضاء الفرنسى منذ أواسط القرن الماضى - رغم عبارات النصوص المشبعة بروح الفردية ومعنى اطلاق الحقوق - على فرض رقابته على استعمال الحقوق ، وعلى مواصلة السير فى طريق هذه الرقابة والتوسعة فيها ، مما انتهى فى مطلع القرن الحالى - بمعونة الفقه وتأصيله- الى احياء ما اندثر من فكرة التعسف فى استعمال الحق ، واستخلاص نظرية عامة كاملة وواسعة لها تجاوز النطاق المحدود الذى كانت عليه فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . ولم يلبث المشرع الفرنسى أن اعتنق نظرية التعسف ، ان لم يكن بنص يفرض مبدأ عاما ، ففى الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة(١) لمثل هذا المبدأ الذى جرى عليه القضاء وأصله الفقه من قبل .

ثم اطرد واستقر الأخذ بنظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق فى كثير من القوانين الحديثة ، سواء باجتهادات قضائية جريئة أو بنصوص تشريعية صريحة . ومن بين هذه القوانين القانون الألمانى والسويسرى والسوفيتى(٢) واللبنانى(٣) والمصرى .

---

(١) انظر فى ذلك :
Mazeaud, op., cit., t. I, No. 558.

(٢) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

(٣) انظر كتابنا المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبنانى والمصرى ، بيروت ، ١٩٦٧ ، ص ٨٨٥ و ٨٨٦ و ٩٠٠ و ٩٠١ و ٩٠٧ - ٩١١ .

ففى القانون المصرى ، ورغم عدم اشتمال التقنين المدنى القديم الا على بضعة نصوص قليلة تأخذ بتطبيقات فردية لنظرية التعسف ، لم يتردد القضاء المصرى حينئذ فى اعتناق هذه النظرية والتوسع فى تطبيقها ، والسير بذلك فى الطريق الذى اختطه الفقه الاسلامى منذ قديم واتبعه القضاء والفقه الفرنسى فى العصر الحديث . لذلك عنى التقنين المدنى الحالى بتقنين مسلك القضاء المصرى فى هذا الصدد وتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق أحلها مكانا بارزا بين نصوصه التمهيدية ، فنص فى المادة الرابعة على أن « من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » . وعرض فى المادة الخامسة لضوابط التعسف ومعاييره التى تجعل استعمال الحق غير مشروع ، فنص على أن « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير (ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » .

ولم يكتف المشرع المصرى بتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق على هذا النحو ، بل جرى كذلك على النص على تطبيقات خاصة لها متعددة(١) .

٣٨٨ - منهج البحث

يثير البحث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق أول ما يثير مشكلة تحديد ماهية التعسف وتأصيله ، حتى يمكن على هدى ذلك تمييز فكرة التعسف عما قد يشتبه بها من أفكار أخرى وتحديد موضوع نظرية التعسف ومدى تبعيتها لنظرية المسئولية التقصيرية أو استقلالها عنها . فاذا فرغنا من

---

(١) فمن ذلك نصه على أنه « اذا فسخ (عقد العمل) بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر .. الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر .. » (م ٢/٦٩٥ مدنى) . وعلى أنه « .. ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (م ٢/٨١٨ مدنى) .

فالقانون الروماني ، وان لم يتبن نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق ، الا أن من المؤكد أنه قد عرف — فى صـدد بعض الحقوق — فكرة التعسف فى صورتها البدائية الضيقة وهى صورة تعمد الاضرار بالغير(١) . والشريعـة الاسلامية مكنت لفكرة التعسف في استعمال الحق(٢) وأعطتها أوسع تصوير ممكن وصلت اليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة . فالحقوق فى نظر فقهاء هذه الشريعة ليست الا منحة من الله وهو المشرع الأسمى ، يمنحها لعباده من أفراد الناس لتحقيق غـاية معينة ، بحيث يبدو طبيعيا وجوب استعمـال الحقوق وفق هذه الغاية . ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الاسلامية في صورة تعمد الاضرار بالغير على النحـو الذى كانت عليـه فى القانون الروماني ، بل اتسعت لتشمل صـورا أخرى : كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العام ، والضرر الفاحش الذى ينجم عن استعمال الحق(٣) .

وقد أتيح لفكرة التعسف فى استعمال الحق أن تنتقـل من القانون الروماني الى القانون الفرنسى القديم ولكن على نحو أكثر اتساعا ، اذ أصبـح التعسف متحققا — لا باستعمال الحـق بنية الاضرار وحسب — بل كـذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه(٤) . ولكن هذه الفكرة لم تلبث أن انتكست

---

(١) فى هذا المعنى :

Perrochet, thèse précitée, p. 59. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. I, No. 555. — Notre thèse précitée, p. 4.

كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨١ .

(٢) راجع ، بخاصة ، فى فكرة التعسف فى استعمال الحق فى الشريعة الاسلامية .

Fathy, La doctrine musulmane de l'abus des droits, thèse Lyon, 1913.

السعيد مصطفى السعيد ، فى مدى استعمال حقوق الزوجيـة وما تتقيد به فى الشريعـة الاسلامية والقانون المصرى الحديث (دراسة فى نظرية سوء استعمال الحقوق) ، رسـالة من القاهرة ، ١٩٣٦ ، وبخاصة ، ص ٢٤ — ٤٢ . — صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، الجزء الأول ، ١٩٤٨ ، ص ٤١ — ٥٣ .

(٣) Fathy, thèse précitée, Nos. 153 et s.

(٤) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 556. — Planiol, Ripert et Esmein, Traité pratique de droit civil français, t. VI, 2e éd., 1952, No. 573.

ذلك ، تعين الوقوف على معايير التعسف وضوابطه • ثم ينبغى بعد ذلك تحديد محل التعسف تحديدا دقيقا يحصر نظرية التعسف فى نطاقها الحقيقى وينأى بهـا عن كل تضخم وحمى دخيـل عليها • ويبقى بعـد ذلك الكلام فى اثبات التعسف وفى جزائه •

المبحث الأول

تاصيل التعسف وموضع نظريته

٣٨٩ ـ الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسئولية التقصيرية ـ مناقشة هذا الاتجاه ورفضه

يرد الاتجاه السائد عند جمهور الفقهاء الى اليوم « التعسف » الى فكرة الخطأ ، ويستبقى على هذا الأساس نظرية التعسف فى استعمال الحق داخل دائرة المسئولية التقصيرية(١) • ولكن أنصار هذا الاتجاه تتفرق بهم المذاهب فى سبيل تبرير ذلك على النحو الذى نعرضه ونناقشه فيما يلى :

(١) مذهب التسوية بين « التعسف فى استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » : ظهر الخلط بين فكرة « التعسف فى استعمال الحـــق » l'abus de droit وبين فكرة « مجاوزة الحق أو الخروج عنه » le dépassement de droit ، منذ حاول جانب من الفقه الفرنسى فى مطلع القرن الحـــالى تأييد مسلك القضاء الفرنسى فى محاربة الاستعمال التعسفى للحقـــوق عن طريق تطويع النصوص القائمة فى المسئولية التقصـــيرية لتقبل واستيعـاب فكرة التعسف • وكان أيسر سبيل الى ذلك هو القول بأن فكرة التعسف ليست بالفكرة الجديدة أو المستقلة التى تحتاج فى تقريرها أو تأكيدهـا الى نصوص قانونية جديدة تضيف أو تعدل فى النصـوص القائمـة ، لأن التعسف فى

---

(١) وهى المسئولية التى تتحقق فى جانب من يرتكب خطأ يسبب ضررا للغير ، وتلزمه بتعويضه (م ١٦٣ مدنى مصرى) •

«استعمال الحق ليس الا خروجا عنه ، والخروج عن الحــق عمــل غير مشروع (acte illicite) يندرج ـ دون جدال ـ تحت أحكام المسئولية التقصيرية التقليدية .

وقد تزعم هذا المذهب ودافع عنه ببراعة الفقيه الفرنسى الكبير «بلانيول» (Planiol) . ومنطقه فى ذلك أن الحق ينتهى حين يبدأ التعسف ، فلا يوجد ثم استعمال تعسفى لحق ما ، لذلك السبب البديهى من أن نفس الفعل لايمكن أن يكون فى آن واحد موافقا للقانون ومخالفا له . فاذا كان هنـــاك تعسف فى سلوك الأفراد ، فلا يكون ذلك حينما يستعملـون حقـــوقهم وانما حين يجاوزونها أو يخرجون عنها . اذ الحقوق ليست مطلقة ، بل هى مقيدة فى أغلبها بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيد من استعمالها ، والخروج عن هذه الحدود أو عدم مراعاة تلك الشروط معناه العمل دون حق(١) .

ولكن منطق هذا المذهب ، رغم وجاهته البادية ، منطق شـكلى يتلاعب بوحدة اصطلاح « الحق » و « القانون » فى اللغة الفرنسية«٢» ، ليظهر تناقضا منطقيا بين اعتبار الفعل التعسفى مخالفا للقانون واستمرار اعتباره داخلا فى حدود الحق واستعمالا له . وما من شــك فى أن الفعــل الواحد يستحيل أن يكون موافقا للقانون ومخالفا له فى نفس الوقت . ولكن ليس ما يمنع من أن يكون الفعل الواحد موافقا لحق من الحقوق لأنه يدخل فى نطاقه ومضمونه ، ومخالفا فى آن واحد للقانون فى مجموعه(٣) ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف فى استعمال الحق ومعناها .

ففكرة التعسف انما تفترض وجود فعل يدخل فى حدود مضمون الحق فيكون مشروعا فى ذاته لأنه سلطة من السلطات التى يخولها الحق لصاحبه ، ولكنه ينقلب معيبا أو غير مشروع لانحراف فى غرضه أو نتيجته . والتعسف

---

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 10e. éd. 1932, No. 871.

(٢) وهو اصطلاح Le droit

(٣) Josserand, op. cit., No. 245.

على هذا النحو ، يتميز تميزا واضحا عن مجاوزة الحق أو الخروج عنه ، الذى يفترض بداهة عملا يجاوز حدود مضمون الحق فلا يعتبر بحال من الأحوال مشروعا فى ذاته . فالفارق اذن ظاهر بين العمل التعسفى وبين العمل المجاوز للحق ، اذ بينما يكون الأول مشروعا فى ذاته ولكنه معيب فى غرضه أو نتيجته ، يكون الثانى غير مشروع فى ذاته أصلا . فالمالك الذى يجور على ملك جاره ويبنى فيه ، انما يأتى عملا مجاوزا لحقه وخارجا عن حدود مضمونه ، فيكون عمله غير مشروع فى ذاته . بينما المالك الذى يبنى جدارا فى ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعا شاهقا لمجرد الاضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه ، انما يتعسف فى استعمال حق ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحال من الأحوال ، لأن حقه يخول له البناء فى ملكه ، فمجرد بنائه فيه يعتبر عملا مشروعا فى ذاته لأنه داخل فى حدود مضمون حقه ، ولكنه يعتبر تعسفيا رغم ذلك لما يشوبه من عيب وانحراف فى غرضه مأتاه مجرد الرغبة فى استخدام هذه السلطة المشروعة التى يخولها له حقه فى الاضرار بغيره .

وعلى هذا النحو ، يجب التمييز بين صورة « الخروج عن الحق » وصورة « التعسف فى استعمال الحق » . فالمشكلة التى تثيرها الصورة الأولى انما تتعلق بمضمون الحق ، فيكون الفعل المجاوز للحق فعلا غير مشروع فى ذاته ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء اليه ذاتيا ويمتنع الاتيان به امتناعا مطلقا . بينما المشكلة التى تثيرها الصورة الثانية تتعلق بغاية الحق لا بمضمونه ، فلا ينصرف عدم المشروعية الى ذات الفعل التعسفى وانما الى غرضه ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء الى غرضه المنحرف فحسب دون مساس بمضمون الحق أو السلطة الواردة عليها التعسف . ولذلك يظل لصاحب الحق — رغم الحكم بالجزاء على فعله المكون للتعسف — القدرة على معاودة ذات الفعل دون خطر التعرض للجزاء ، طالما يبتغى به حينئذ غرضاً غير مشوب[1] . وما دامت فكرة التعسف لاتمس مضمون الحق وانما تمس غايته ، فمن غير المقبول اذن القول بأن تحريم الأغراض المنحرفة فى استعمال الحق يضيف حدا جديدا الى حدود الحق

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 175 - 177.

المادية الأصلية بحيث يعتبر خرقه كخرقها خروجا عن الحق ، اذ حدود الحق انما تنصرف الى مضمونه وسلطاته وهما لا يتغيران بفرض رقابة على أغراض استعماله(١) .

وعلى أي حال فقد بات مستقرا اليوم عند جمهور الفقهاء(٢) التمييز بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « الخروج عن الحق أو مجاوزة الحق » . ولذلك اذا أريد استبقاء فكرة التعسف في نطاق المسئولية التقصيرية ، فينبغي البحث عن أســـاس آخر غير الزعم باعتبـــار التعسف خروجا عن الحـق أو مجاوزة له .

(٢) مذهب التسوية بين التعسف وبين الخطأ التقصيري : يرى هـــذا المذهب في التعسف في استعمال الحق تطبيقا عاديا من تطبيقـــات الخطـــأ المولد للمسئولية التقصيرية(٣) . ذلك أنه اذا كان الخطأ في المفهوم الحـديث انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العـادي ، فهو متصور في اســتعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص العـامة على الســواء . واذا كانت هذه الحقيقة قد حجبهـــا ما كان سائدا في القرن الماضي من مبدأ اطلاق الحقوق ،

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 178, 179.

(٢) أنظر بخاصة :

Porcherot, thèse précitée, p. 106. — Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 226. 227. — Josserand, op. cit., Nos. 245-247, 261. — Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Rev. trim. de droit civil, 1944, pp. 1 et s.v.p. 4, No. 5. — Dabin, pp. 271, 286. — Notre thèse précitée, pp. 172-183.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٤٤ و ٥٥٦ . ـ أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ٩٩ .

(٣) أنظر ، بخاصة ، في الأخذ بهذا المذهب :

Jannot, De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit, thèse, Dijon, 1906, p. 140. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. I, Nos. 562, 564, 576 - 581. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. II, No. 234.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٢ و ٥٥٧ و ٥٥٩ . ـ أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، فقرات ٤٣٢ ـ ٤٤٤ . ـ عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرات ٤٣٥ ـ ٤٤٥ . ـ اسماعيل غانم ، ص ١٦٤ ـ ١٦٧ .

فلم يعد ثم ما يمنع اليوم من اعلانها وتاكيدها ، بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات من المسلم فرض رقابة على استعمال الحقوق • فارتفع بذلك التناقض المنطقى المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق •

واذا كان من غير المنكور ما يمتاز به هذا المذهب من وضوح ، وما يحققه من وحدة أحكام المسئولية الناشئة عن ممارسة الرخص العامة وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق ، وما ييسره من أمر تحديد معيار التعسف بالاكتفـــاء برده الى معيار الخطأ التقصيرى المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألـوف للشخص العادى ، الا أن كل هذه الميزات من الوضوح والتحـديد والتيسير انما تتحقق على حساب فكرة الحق وفكرة الخطأ نفسها •

فمركز صاحب الحـق فى استعمال حقه ، ينبغى ألا يســوى بمركز الشخص فى ممارسة رخصة من الرخص العـامة ، حتى يقال ان التعسف فى الصورة الأولى هو ذات الخطأ فى الصورة الثانية • ففى مجال الحريـات أو الرخص العامة حيث يقف الجميع على قدم المساواة ويستعملون نفس الحريات والرخص فى نفس الوقت ، لا يحتاج الأمر الا الى التنسيق فى هذا الاستعمال الجماعى المتعاصر ، وهو ما لا يتحقق الا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر ويقظة وحيطة حتى لا يحد مما لهم من نفس الحريات المماثلة • أما فى مجال الحقوق ، حيث صاحب الحق ذو مركز ممتـاز بالنسبة الى الباقين لما يختصه به القانون على محل معين من سلطة استئثارية يملكهـا دون غيره ، فيجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من أجلها الحق لا لمناقضتها ، وهو ما يقتضى قيـاس مسلك صاحب الحـق فى استعمال حقه وفق هذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيطة أو اليقظة العامة ، مما يعنى امكان توافر التعسف كلما انحرف صـاحب الحـق فى استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الاخـلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الفنى الدقيق • وبذلك يوجـد التعسف ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ • فلا يغنى اذن عن صاحب الحق شيئا ما قد يتخذه فى استعمال حقه من حيطة وتبصر ويقظـة تنفى عنه الخطـا اذا كان بهـذا الاستعمال يناقض غاية الحق • وعلى هدى ذلك ، يتوافر لفكرة « التعسف »

أساس ووجود مستقل عن فكرة « الخطـــأ » وبمعزل عنهـــا ، فبينما يعني « التعسف » تخلف غاية الحق أو مناقضتها ، يعنى « الخطـــأ » الانحراف عن السلوك المألوف(١) . والقول باعتبار التعسف تطبيقا من تطبيقـــات الخطأ ، يتجاهل ما للحق من غاية يجب الاعتداد بها في وزن استعماله ، ويقحم على الخطأ فكرة لا تدخل في مدلوله الدقيق .

واستقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتمه كذلك كون التعسف ـ فيما يولده من مسئولية صاحب الحق ـ انما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغما عنها ، بينما يولد الخطأ المسئولية خارج دائرة المشروعيـــة أصلا(٢) . والقول بتسوية التعسف بالخطأ يتنافى كذلك مع تمييز أصحابه(٣) في نفس الوقت بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » ، اذ ما فائدة مثل هذا التمييز اذا كانت نهاية المطاف هي تسوية صورة « التعسف » بصورة « المجاوزة » في التوافر على معنى الخطأ ؟ . وألا يفرض منطق التمييز بينهما رد المسئولية الناشئة عنهما الى مصدرين مختلفين ؟

(٣) مذهب اعتبار التعسف نوعا متميزا من الخطـــأ : حاول جانب من الفقه(٤) تأصيل التعسف على نحو أقل استهدافا للنقد من التأصل السابق ولكن دون الخروج به من دائرة المسئولية التقصيرية ، فاعتبروا التعسف نوعا متميزا من الخطأ أو خطأ ذا طبيعة خاصة **(sui generis)** يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادى التقليدى ، اذ هو خطأ يرتهن بروح الحـــق وغايته الاجتماعية(٥) ، وهو ما يخرج به من مدلـــول الخطـــأ العادى ويثير

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 186, 187.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 187, 188.

(٣) انظر بخاصة :
Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 550, 551.

(٤) انظر بخاصة :
César-Bru et Morin, La faute, le risque et l'abus du droit, Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix, 1906, t. II, pp. 68 et s. — Demogue, Traité des obligations en général, t. IV, Nos. 678, 686. — Josserand, op. cit., Nos. 260 - 262, 296.

(٥) Josserand, op. cit., No. 261, pp. 359, 360; No. 296, pp. 405, 406.

مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي كالخطأ التقليدي(١) ، فهو اذن خطأ خاص أو « خطأ اجتماعي » (faute sociale) يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية ٠

ويجب الاعتراف بأن هذا المذهب يمثل خطوة تقدمية بالنسبة الى مذهب تسوية التعسف بالخطأ العادي ، اذ يؤصل التعسف على نحو أكثر احاطة بحقيقة مدلوله وصلته بغاية الحق ، ولكن عيبه الأساسي ينحصر في توقفه في منتصف الطريق وقعوده عن الوصول الى النتيجة الحتمية التي يقود اليها منطق مقدمته ٠ ذلك أنه اذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدي قاصرة في نظر هذا المذهب عن الاحاطة بفكرة التعسف ، لارتباط هذه الفكرة الأخيرة بغاية الحق التي يخرج البحث فيها عن نطاق فكرة الخطأ العادي ، فلا يوجد أي معنى للتشبث بفكرة الخطأ ومحاولة ابتداع نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف ٠ وليس من فائدة تعود من القول بازدواج الخطأ على هذا النحو في نطاق نفس المسئولية ٠ فيصبح من الواجب اذن اطراح فكرة الخطأ والخروج من دائرة المسئولية التقصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتعسف(٢) ٠

٣٩٠ - ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسئولية التقصيرية

ينبغي ، للوصول الى تأصيل صحيح لفكرة التعسف في استعمال الحق وتحديد سليم للموضع الطبيعي لنظرية التعسف ، اطراح الظروف التي صاحبت في القانون الحديث ظهور فكرة التعسف ، وفرضت نفسها من قبل أي تدخل تشريعي على الفقه والقضاء لاعطاء التعسف تأصيل الخطأ واستبقائه داخل المسئولية التقصيرية ٠

---

(١) César-Bru et Morin, article précité, p. 180.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 196 - 198.

ذلك أن اطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق في استعمال حقه ، اضطرت الفقه والقضاء أمام خلو التشريع في أول الأمر من نص يقرر كمبدأ عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها — الى التماس أساس مقبول ومسلم من صلب نصوص التشريع القائم لفرض رقابة على استعمال الحقوق . ولم يكن ثم أفضل ولا أقرب في هذا الشأن من الاستناد الى النصوص المقررة للمسئولية التقصيرية ، واعتبار التعسف ضربا من الخطأ العادي — سواء بالنظر الى التعسف كخروج عن الحق أو غير خروج عنه — أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته . وبذلك لم يكن الاستناد حينئذ الى الخطأ لتبرير تعقب التعسف في استعمال الحق ومنعه الا مجرد تبرير مرحلي ، يحجب الثورة على الأصول القانونية التقليدية في غيبة النص التشريعي على مبدأ عدم التعسف . أما وقد دخلت القانون الحديث اليوم نصوص تشريعية تعلن هذا المبدأ بما يجعل منه أصلا من الأصول القانونية المقررة ، فقد أصبح من الواجب تخطي هذه المرحلة وامعان النظر في جوهر فكرة التعسف وحقيقتها .

والواقع أن فكرة التعسف ترتبط أساسا بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة ، اذ بذلك ترتهن حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها . ذلك أن الحقوق — بما تخول من سلطات استئثارية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض ، وبما تؤدي اليه من وضع الأفراد في مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض — لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية في ذاتها وانما بوصفها وسيلة لادراك غاية معينة . وهو ما يرهنها — بوصفها تمثل قيمة اجتماعية يحميها القانون — بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها ، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها . وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات اعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة ، وهو ما يقتضي اخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غاياتها . ولذلك فان « التعسف » يتوافر اذا انحرف

صاحب الحق فى استعماله عن غـايته ، حتى ولو لم يكن قد اخـل بواجب الحيطة واليقظة العـادية ذلك الاخلال الذى يكون الخطـأ فى المعنى الدقيق ، وهو ما يفصم بـين « التعسف » و « الخطـأ » ويخرجـه بالتـالى من دائرة المسئولية التقصيرية ليستوى مبدأ عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة فى النظرية العامة للحق ٠

ولذلك تبدو فكرة التعسف متعلقة أساسا بتصوير الحق ، اذ هى فى حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته ، مما يجعلها فكرة ملازمة ومكملـة لفكرة الحق ، بحيث لا يستقيم النظر اليها بمعزل عنها ولا تكتمل صـياغة نظرية عامة للحق دونها ٠ بل ان فكرة التعسف تصـبح فى الواقـع هى التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق ٠ فبدونها وبدون ما تحققه من رقابة على استعمال الحقوق ، تبدو فـكرة الحق - بما تعنيه من امتياز واستئثار - أهلا لما تعرضت له من انكار(١) ٠ وبفضل فكرة التعسف ، نستطيع تأكيد استبقـاء فكرة الحق كفكرة أسـاسية فى النظـام القانونى ، دون حاجة الى الغائها أو تحويلها - كما يقترح البعض - الى فكرة واجب ووظيفة اجتماعية خالصة(٢) ٠

ومن ناحية أخرى ، فالمشكلة التى تثيرها فكرة « التعسف » مشـكلة أولية سابقة على مشكلة المسئولية(٣) لا يتصور التماس حلهـا الا على ضوء حقيقة الحق وجوهره وبالتالى فى ظل نظريته العامة وحدها ٠ ذلك أن حـل مشكلة التعسف يقتضى الاختيار أولا بين الاطلاق أو النسبية فى استعمـال الحقوق ٠ ثم يقتضى - اذا وقع الاختيار على النسبية - تحـديد مداها ومدى رقابة الحقوق ، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل اطار المسئولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها ٠ بل يرتهن ذلك بفـكرة الحـق ودوره أو

---

(١) Saleilles, De la personnalité juridique, 2e. éd. 1922, p. 547.

(٢) Notre thèse précitée, p. 294.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٤٣٠ ٠

(٣) فى هذا المعنى :

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4e, éd. 1949, No. 94.

وظيفته ، وبفكرة العدل ومدلوله ، وبالنظرة الى القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين ، وكل هذه مسائل تخرج ـ كما هو ظاهر ـ عن نطاق المسئولية(١) ٠

واذا حمت مشكلة التعسف أوليا على هذا النحو ، فليس من الحتم أن تثور بعد ذلك دائما مشكلة المسئولية ٠ فقد يحرم صاحب الحق من استعماله على نحو تعسفي ابتداء ، وهو ما يمنع وقوع الضرر اصلا ويتفادى بالتالى قيام مشكلة المسئولية ٠ ففكرة التعسف اذن تجاوز فكرة المسئولية في اقتصارها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنه ، فتحقق كذلك فكرة التوقى من الضرر بمنع وقوعه أصلا عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمال تعسفيا(٢) ٠ فكثيرا ما يحتاج صاحب الحق الى الالتجاء الى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله على نحو معين ، وهنا لا يكفى لاجابة طلبه أن يتأكد القاضى من وجود الحق المدعى فحسب ، بل يجب أن يتحقق كذلك من أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف ٠ وفى حالة التعسف ، يكتفى برفض طلب صاحب الحق ، وهو ما يمنع من وقوع الاستعمال التعسفى أصلا ، فلا تثور حينئذ مشكلة مسئولية بل يمنع ذلك في الواقع قيامها من بعد(٣) ٠

وعلى هذا النحو ، تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائى(٤)

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 235, 236.

(٢) فى هذا المعنى :
Ripert, Ibid. — Dabin, op. cit., p. 303. — Notre thèse précitée, pp. 236 - 240.

(٣) راجع فى تفصيل ذلك :
Notre thèse précitée, pp. 237 et s.

(٤) من الأمثلة فى القانون المصرى على هذا الدور الوقائى ما سبقت الاشارة اليه من أن قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يعلق استعمال المؤلف ما يخوله حقه من سلطة سحب مصنفه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى على موافقة المحكمة (انظر سابقا ، ص ٤٧٧) مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال هاتين السلطتين يملك بمقتضاها ـ عند تخلف المبرر المشروع وتبين التعسف من جانب المؤلف ـ رفض الاذن له فى الاقدام على مثل هذا الاستعمال ٠ وكذلك فان ما ينص عليه التقنين المدنى من انه =

ودور علاجي على السواء ، بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال • وفي ذلك ما يبرر - بالنظر الى اتساع دورها على هذا النحو اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسئولية من دور علاجي فحسب - استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتي خارج نطاق المسئولية التقصيرية •

وبذلك يخلص من كل ما تقدم أن فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسئولية ، وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحت الذي تقتصر عليه فكرة المسئولية ، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج دائرة المسئولية التقصيرية ، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق •

وكثير من القوانين الحديثة التي تأخذ صراحة بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق - كالتقنين المدني السويسري والتقنين المدني السوفييتي(١) والتقنين المدني المصري(٢) - يؤيد هذا النظر من اعتبار هذه النظرية نظرية مستقلة ذات كيان ذاتي لا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ أو المسئولية • وهذا ظاهر من حرصها على وضع هذه النظرية بين نصوصها التمهيدية

= اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، : كان ذلك ، لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » (م ٢/٣٠٢ مدني) ، يعني أنه اذا تعسف الدائن في اقتضاء ما له من حق في التنفيذ العيني لغير مصلحة جدية ، منع من ذلك وأجبر على قبول التعويض النقدي (-أنظر في ذلك : اسماعيل غانم ، ص ١٦٥) •

(١) انظر في نصوص هذين التقنينين : كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ •

(٢) أنظر في تأكيد المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي لهذا التقنين استقلال نظرية التعسف عن النظرية العامة للمسئولية التقصيرية : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ، ص ٢٠٧ ، ج ٢ ، ص ٣٥٠ و ٣٥١ •

ولكن انظر عكس ذلك: عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٧ و ٥٦٤ • - جميل الشرقاوي ، ص ٢٤٦ • - عبد المنعم البدراوي ، فقرة ٥٥٤ ، ص ٨١٦ • - عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرة ٤٣٨ •

لا ضمن النصوص الخاصة بالمسئولية التقصيرية(١) .

المبحث الثانى

معايير التعسف وضوابطه

٣٩١ - أصول ووسائل تحديد معيار التعسف

يثير تحديد معيار التعسف مشكلتين رئيسيتين : الأولى تتعلق بالأصول التى تحكم هذا التحديد ، والثانية تتعلق بالوسائل أو الأدوات الفنية التى تعبر عن هذه الأصول وتحققها .

(١) أصول تحديد معيار التعسف : تتعين الأصول التى تحكم تحديد معيار التعسف على ضوء تأصيل التعسف وتكييفه من ناحية ، وعلى ضوء نظرية التعسف ووظيفتها من ناحية ثانية . وقد رأينا أن تأصيل التعسف يقوم أساسا على الربط بين فكرة التعسف وبين فكرة الحق ، باعتبار مشكلة التعسف فى حقيقتها مشكلة تحديد مدى استعمال الحق . وفى هذا الصدد تبدو أهمية دور نظرية التعسف ووظيفتها فى تحديد معياره .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى قصر دور نظرية التعسف على مجرد دور أخلاقى تشيع به الروح الأخلاقية السامية فى استعمال الحقوق(٢) ، وهو ما تأدى بهم الى التضييق فى مدلول التعسف الى حد حصر معياره فى نية

---

(١) رغم أن جمهور الفقه الفرنسى ما زال يستمسك - مؤيدا فى ذلك القضاء - باعتبار التعسف تطبيقا عاديا أو خاصا لفكرة الخطأ ويستبقى بذلك نظرية التعسف فى استعمال الحق داخل نطاق النظرية العامة للمسئولية التقصيرية ، وان ذلك أمر مفهوم فى غيبة النص التشريعى فى القانون الفرنسى على نظرية عامة للتعسف ، الا أن ثم اتجاها بدأ يقوى أخيرا فى محيط هذا الفقه داعيا الى اخراج نظرية التعسف من دائرة المسئولية باعتبارها مبدأ من المبادىء العامة للقانون فى شأن تحديد مدى استعمال الحقوق ، وانتهت لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى الى تبنى هذا الاتجاه (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ١٠٨٧ ، وهامش «٢» ص ١١٠٦).

(٢) أنظر فى هذا الاتجاه بخاصة :

Saleilles, Rapport présenté à la première sous-commission de La Commission de révision du Code civil, Bulletin de La Société d'études législatives, 1905, pp. 325 et s. V. pp. 394 et s. — Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 225, 226, 227. — Ripert, La règle morale, Nos. 89, 94, 102. — Dabin, op. cit., pp. 298 - 300.

الاضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه ، أو ـ عند تخلف هـذه النية ـ في عدم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر(١) · ولكن اعتبار دور نظرية التعسف في استعمال الحق على هذا النحو دورا اخلاقيا ، يهدد بطمس معالم الحـدود بين القانون والأخلاق رغم اختلافهما البين في الهـدف والغاية كما سبق القول · وكذلك فالتضيق في معيار التعسف نتيجة حصر دور نظرية التعسف في دور أخلاقي محض ينتقص كثيرا من قيمة هذه النظرية وأهميتها · ويطلق العنان لأصحاب الحقوق في استعمالها طالما لا يحمـل هذا الاستعمال معنى المخالفة الأخـلاقية رغم ما قد يعنيه من مجافاة غاية الحق أو اهدار صالح الجماعة(٢) ·

والواقع أن الدور الصحيح لنظرية التعسف في استعمال الحق ينبغي تحديده على ضوء ما سبق ذكره من أن الحقوق ليست غاية في ذاتها وانما هي مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة ، بحيث يكون من الطبيعي وجـوب التزام الاستعمال الواقعي للحقوق حـدود غاياتها · وبذلك تبـدو فكرة التعسف مرتبطة أساسا بغاية الحق لا بأصول الأخلاق ، فيتحدد دور نظرية التعسف بتحقيق الاستعمال الموافق لغاية الحق لا بالاستعمال الأخلاقي للحق ، ويكون ما تعلنه هذه النظرية من نسبية الحقوق نسبية غائية لا نسبية أخلاقية · وفي ضوء اعتبار نظرية التعسف نظرية تحديد مدى استعمال الحق وفق غايته على هـذا النحو ، يتحدد معيار التعسف تحـديدا طبيعيا بالانحراف عن غايـة الحق(٣) · وهذا التحديد بعد ، يحظى بتأييد تشريعي(٤) وفقهي(٥) كبير في

---

(١) Dabin, op. cit., p. 300.

(٢) انظر في هذا الاتجاه بخاصة :
Notre thèse précitée, pp. 224-227.

(٣) انظر في تفصيل ذلك :
Notre thèse précitée, pp. 232 - 235; 239 - 241; 278 - 280.

(٤) انظر خاصة نص التقنين السوفيتي في مادته الأولى على أن « الحقوق المدنية يحميها القانون الا في الحالات التي تستعمل على نحو يخالف غرضها الاقتصادي والاجتماعي » ونص المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه ... الغرض الذي من أجله منح هذا الحق » ·

(٥) انظر ، بخاصة ، في تأييد هذا المعيار ، سواء مع القول بنقاء التعسف داخل دائرة =

القانون الحديث اليوم(١) ٠

(٢) وسائل تحديد معيار التعسف : اذا تعينت الأصـول التى تحكم تحديد معيار التعسف ، فيجب البحث عن الوسـائل والادوات الفنية التى تمكن من التعبير عن هذه الأصول وصياغتها ٠ ونجد فى هذا الشأن وسيلتين رئيسيتين : الاولى تكتفى بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن المعيار المختـار للتعسف دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة ، والثانية تعدد الصور المختلفة المعبرة عن الأصول المستهدفة دون ابراز المبدأ العام الذى يحكمها ٠

واذا كان ينبغى التفضيل بين الوسيلتين فى مجال التشريع ، فلا نتردد فى تفضيل الوسيلة الأولى ٠ ففضلا عن كونها أكثر مناسبة للعمل التشريعى فهى تعتبر كذلك الوسيلة المرنة المتجاوبة مع التطور ، على خـلاف الوسيلة الثانية التى تحصر معيار التعسف فى صور محددة لا يلبث أن يتبدى قصورها وعدم احاطتها بكل ما قد يظهره تقـدم الزمان وتطور الأوضاع والعـلاقات الاجتماعية من ضروب وصور جديدة من التعسف فى استعمال الحقوق ٠

واذا كنا قد حددنا ـ على ضوء ما ارتضيناه من أصول ـ معيار التعسف فى استعمال الحق بالانحراف عن غايته ، فنفضل ـ لما أوضحنا من أسباب ـ

= المسئولية التقصيرية أو خروجه منها :
Perrochet, thèse précitée, pp. 253, 254. — Demogue, op. cit., t. IV, Nos. 679, 681. Josserand, op. cit., Nos. 291 et s.

(١) اذا كان بعض الفقهاء ما يزالون يتخوفون من معيار التعسف فى استعمال الحق على هذا النحو توقيا ـ كما يقولون ـ من تحكم القضـاء أو من انزلاقه فيما وراء القانون الى ميدان السياسة وهو ميدان غير مأمون العواقب ، فلا نرى رغم ذلك مبررا لهـذا التخـوف (أنظر .Notre thèse précitée, p. 282) فالقضاء دائما خير من يزن الأمور بميزانها الصحيح دون تحكم او انحراف ٠ فضلا عن أن القاضى ـ فى توليه تحديد غاية الحقوق ـ لا يتبع أزاءه الشخصية ومعتقداته السياسية ، وانما يستلهم روح القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة فى الجماعة ، مما يجعـل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصيـة نسبية متغيرة ٠ وأخيرا ففى وجود محكمة النقض من فوقه كذلك ، وهى الرقيبة على صحة تطبيق القـانون بما يكفل وحدة هذا التطبيق ، خير ضمان لالتزام القصـد والاعتدال وتوقى التحـكم والانحراف فى التقدير (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١١٠) ٠

الاكتفاء في التشريع بوضع مبدأ عام يقضي بتحريم الانحراف عن غاية الحق في استعماله(١) وتجريد الحق من حماية القانون بهذا الانحراف ، لا الاقتصار على تعديد أو تحديد صور هذا الانحراف التي تبقى حتما صورا ناقصة غير ملاحقة للتطور • وهذا المسلك الذي نفضله ، هو بعد المسلك الذي تسير عليه اليوم كثير من القوانين الحديثة التي تصدت لتقنين نظرية التعسف في استعمال الحق ، كالقانون السوفييتي والقانون اللبناني خاصة(٢) •

٣٩٢ ـ اخذ المشرع المصرى بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه

سلك المشرع المصرى الوسيلة الثانية من وسائل تحديد معيار التعسف في استعمال الحق ، فجرى على تعديد الصور المختلفة للتعسف دون ابراز الأصل الذي يجمعها • اذ نص في المادة الخامسة من التقنين المدني الحالي على انه « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير • (ب) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها • (ج) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » • ولكن ينبغي أن نضيف الى هذه المعايير الثلاثة معيارا رابعا هو معيار « الضرر الفاحش » المنصوص عليه في صدد حق الملكية (م ٨٠٧ مدنى) وهو موطن تطبيقه الرئيسى • فنعرض لهذه المعايير المختلفة فيما يلي ، ثم ننظر من بعد في تقدير مسلك المشرع المصرى •

---

(١) وينبغي الاكتفاء في ذلك بالاشارة الى غاية الحق عموما دون تحديد أو وصف لهذه الغاية ، لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتفاوت طبيعتها والغرض منها • ولذلك نفضل تجنب ما يذهب اليه بعض الفقهاء من وصف هذه الغاية بأنها « غاية اجتماعية » (but social) حتى لا ينصرف الذهن ـ ولو أخذنا بظاهر هذا الاصطلاح ـ الى اعتبار أن الحق بذلك يصير محض واجب أو وظيفة اجتماعية لتحقيق الصالح العام الاجتماعي وحده دون اى وزن لتحقيق الصالح الفردى (انظر في تفصيل ذلك : Notre thèse précitée, p. 281 • ـ كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ، ص ١١١٢ ـ ١١١٣) •

(٢) انظر في معيار التعسف في القانون اللبناني : كتابنا المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصرى ، ١٩٦٧ ، فقرة ٢٦٣ ، ص ٩٠٧ ـ ٩١١ •

٢٩٣ — تمحض قصد الاضرار بالغير

لعل هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا فى الشرائع المختلفة ، لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم منذ قديم لمجرد تحقيق مآرب شخصية فى النكاية والاضرار بالغير . وهذا المعيار ذاتى قوامه توافر نية الاضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض ، بمعنى أن يكون الاضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق(١) . واذا توافر التعسف بهذا المعنى ، فلا ينفيه ما قد يحققه استعمال الحق من منفعة عارضة لصاحبه لم يقصدها أصلا(٢) . فيتعسف اذن فى استعمال حقه المالك الذى يغرس أشجارا عالية كثيفة فى أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى ولو عادت هذه الأشجار على الأرض بالنفع(٣) ، ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا فى ذاته بل جاء تحققه عارضا بحتا اذا كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار .

واذا كان اثبات تمحض قصد الاضرار بالغير أمرا عسيرا ، فان القضاء كثيرا ما يعتمد فى استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق فى استعمال حقه ، معتبرا هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الاضرار عنده(٤) . فالمالك الذى يقيم حائطا مرتفعا على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن ملك جاره يعتبر بذلك متمحض القصد للاضرار بهذا الجار اذا لم

---

(١) Notre thèse précitée, p. 264.
كتابنا سالف الذكر ص ١١١٧ و ١١١٨ .
ولكن أنظر عكس ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ . — أنور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، ص ٤٤١ . — اسماعيل غانم ، ص ١٦٢ .

(٢) فى هذا المعنى :
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ .

(٤) فى هذا المعنى :
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 560.
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى — الموضع السابق .

تكن له مصلحة حقيقية في بناء مثل هذا الحائط المرتفع(١) . وكذلك الحال في شأن المالك الذي يقيم سياجا عاليا يطليه باللون الأسود لا لشيء الا لمجرد اظلام بناء جاره دون أي منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك(٢) . وكذلك الحال في شأن صاحب العمل الذي يقدم على فصل العامل لمجرد الانتقام منه ، لأنه طالب بالحقوق المقررة له بمقتضى قوانين العمل ، أو لأنه قام بالشهادة ضد صاحب العمل .

٣٩٤ - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يحيق بالغير

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف ، فمن اليسير الادعاء بوجود مثل هذه المصلحة في الصور التي لا يكون قصد صاحب الحق متمحضا للاضرار بالغير . ولكن ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق . أما اذا كانت المصلحة تافهة بالقياس الى الضرر الذي يعود على الغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب اطلاقا ، فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق .

وواضح أن هذا المعيار موضوعي لا شخصي كالمعيار السابق ، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق . وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . والواقع أنه كثيرا - وان لم يكن دائما - ما يكون في وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الاضرار بالغير(٣) دون أن يتمحض القصد من

---

(١) في هذا المعنى :

Appel mixte: 17 Avril 1919. B. 13, 252; 12 Déc. 1924. Gazette, 15. 86, 126; 12 Nov. 1929. B. 42. 27.

مصر الكلية ٢٦ مايو ١٩٣٧ ، المحاماة ٧٤/٢١/١٨ .

(٢) Trib. civ. Sedan 17 Déc. 1901. S. 1904. 2. 217, Note Appert.

(٣) في هذا المعنى :

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢١٠ .

استعمال الحق لذلك .

وقد طبق المشرع المصرى هذا المعيار فى صور كثيرة . ومن ذلك نصه على أنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (م ٢/٨١٨ مدنى) . ذلك أن الحائط الفاصل ما دام مملوكا ملكية خالصة لأحد الجارين ، فلمالكه سلطة هدمه . غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط ، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا أن يوجد تناسب بين المنفعة التى تعود على مالك الحائط من هدمه وبين الضرر الذى يلحق الجار نتيجة ذلك . وهذا التناسب يقوم اذا وجد لدى المالك باعث قوى يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الضرر العائد على الغير . أما اذا لم يوجد باعث على الهدم ، أو وجد باعث ولكنه ليس قويا بحيث يبرره ، فيعتبر ذلك قرينة على التعسف فى استعمال حق الملكية بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة تافهة لا تستأهل حماية القانون أمام ما يصيب الجار فى مقابلها من أضرار جسيمة فادحة .

ومن تطبيقات المشرع كذلك لهذا المعيار ما يقضى به من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، اذا لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (م ١٠٢٩ مدنى) .

وكذلك يعتبر من تطبيقات هذا المعيار تخير صاحب الحق ـ من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه ـ الطريقة الأكثر اضرارا بالغير دون نفع ذى قيمة كبيرة له(١) . وذلك كمالك يقيم مدخنة فى مكان معين من بنائه بحيث تضر بالجار ، وكان يمكنه ـ دون ضرر أو فوات منفعة عليه هو ـ تجنيب ملك الجار هذا الضرر أو التقليل منه باقامتها فى مكان آخر من البناء(٢) .

---

(١) يجرى القضاء الفرنسى كذلك على اعتبار هذه الصورة من صور التعسف فى استعمال الحق ، انظر بخاصة :

Trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910. D. P. 1911, 2, 1933. — Req. 20 Mars 1929, S. 1930, 1, 45. — Paris 28 octobre 1941. Gaz. Pal. 1941, 2, 490.

(٢) Appel mixte, 25 novembre 1930, B. 6. 8.

٣٩٥ ـ عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

لا يكفى أن تكون المصلحة التى يرمى صاحب الحق الى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له ، بل يجب أن تكون هذه المصلحة كذلك مشروعة ٠ ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة فى نظر القانون الا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق فى سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون ٠

وبناء على هذا المعيار ، يعتبر متعسفا فى استعمال حقه : المالك الذى يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته الى السكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون واخفاقه فى ذلك(١) ٠ والمالك الذى يمتنع عن الترخيص بالايجار من الباطن أو التنازل عن الايجار ، حيث يكون ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقد ، دون سبب مشروع(٢) أو بقصد الحصول على مقابل لذلك أو زيادة غير مشروعة ٠ وصاحب العمل الذى يفصل العامل بسبب مذهبه السياسى ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله أو تأثير فيه(٣) ، أو بسبب انضمامه أو عدم انضمامه الى نقابة معينة(٤) ، أو بسبب نشاطه النقابى المشروع(٥) ٠

وواضح أن هذا المعيار معيار موضوعى مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة

---

(١) Trib. paix Vanves, 24 Août 1926, (2ème espèse), Repertoire Commaille, 1926. I, p. 349.

(٢) أنظر فى الاشارة الى أحكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى :
Josserand, op. cit., pp. 180, 402.

وأنظر كذلك فى هذا المعنى فى القانون المصرى :

منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة (البيع والمقايضة والايجار) ، ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ، فقرة ٢٢٢ ، ص ٥٧٢ ٠

(٣) القاهرة الابتدائية ٢٤ مارس ١٩٦٠ ، مدونة الفكهانى الدورية ١٩٦٠ . رقم ٢٠٨ ، ص ٤٣٦ ٠

(٤) القاهرة الابتدائية ٢٥ مايو ١٩٥٤ ، مدونة الفكهانى ، ج ٣/١ ، رقم ٣١٣ ، ص٣٧٦ ٠

(٥) الجيزة الابتدائية ١٧ أكتوبر ١٩٥٤ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٢ ، ص ٣٦٢ ٠

في رقابة استعمال الحقوق ، ولعل صفته الموضوعية هي التي تجعله مفضلا لدى بعض الفقهاء(١) على معيار آخر شخصي يشيع الالتجاء اليه في الفقه والقضاء الفرنسي(٢) هو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع motif illégitime خاصة ٠ ومع ذلك ، فينبغي أن يراعى ان المعيارين مرتبطان أشد الارتباط ، بل هما في الحقيقة وجهان لمعيار واحد ، اذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة الا التعبير الموضوعي عن المعيار الشخصي أو النفسي وهو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع(٣) ، فاذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه ، فهو يهدف اذن الى تحقيق مصلحة غير مشروعة ٠ والواقع أن هذين الوجهين انما يقومان على فكرة ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته ٠ فللتحقق من هذه الموافقة ، يجب الوقوف على غاية الحق والمصالح المشروعة المقصود تحقيقها من وراء تقرير القانون له من ناحية ، وعلى الدوافع التي وجهت استعماله على نحو معين من ناحية أخرى ، ومطابقة هذه على تلك ، بحيث يعني كل تباعد بينهما الانحراف في استعمال الحق ، ويستوي بعد ذلك أن ينسب هذا الانحراف الى الدوافع غير المشروعة أو الى المصالح غير المشروعة(٤) ٠

---

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ ٠

(٢) أنظر في ذلك بخاصة :

Josserand, op. cit., No. 296 et s.

(٣) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق ٠

Notre thèse précitée, p. 172.

(٤) Notre thèse précitée, ibid.

واذا كان بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق) يرى أن معيار « المصلحة غير المشروعة » أدق من معيار « الدافع أو الغرض غير المشروع » من ناحية الانضباط وأسهل منه من ناحية التطبيق ، فهو في الواقع انما يفصل بين شيئين متلازمين ووجهين متكاملين لمعيار واحد يحدد كل منهما الآخر ، بحيث لا يمكن الاكتفاء بالوقوف على أحدهما والاستغناء عن الآخر ٠ ولذلك يقوم نفي صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق على الاستهداء أساسا بعدم مشروعية الدافع الى هذا الاستعمال ٠ وهذا ما صرحت به المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني بقولها ان معيار المصلحة المشروعة اذا كان « ماديا في ظاهره ، الا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٠٩ و ٢١٠) ٠

٣٩٦ - الضرر الفاحش

كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الحالى يضيف الى المعايير الثلاثة المتقدمة للتعسف معيارا آخر هو معيار « الاستعمال الذى يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف » . واذا كان هذا المعيار قد حذف فلم يظهر فى نص المادة الخامسة من التقنين المتضمنة لمعايير التعسف ، فلم يكن ذلك عدولا عن اعتباره - بما يعنيه من فكرة « الضرر الفاحش » - معيارا للتعسف فى استعمال الحق ، وانما اكتفاء بالتطبيق الخاص الموجود له فى حق الملكية وهو تطبيقه الرئيسى . ذلك أن المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى تقضى بأنه « ١ - على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . ٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها . وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموضع كل منها بالنسبة الى الآخر والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

وعندنا أن هذا النص ليس الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق ولمعيار من معاييرها الهامة هو معيار « الضرر الفاحش » . ويسند ذلك أن الشريعة الاسلامية - وهى التى اعتمد المشرع المصرى عليها اعتمادا رئيسيا فى صياغة نظرية عامة للتعسف - تجرى منذ قديم على اعتبار هذا المعيار من معايير التعسف(١) ، وان القضاء المصرى قد جرى كذلك على الأخذ بهذا النظر من التكييف فى ظل التقنين المدنى القديم(٢) . وليس فى الأعمال التحضيرية

---

(١) راجع فى ذلك :
Fathy, thèse précitée, Nos. 163, 164.

السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٣٦ - ٣٨ و ٤١ .

أنظر كذلك م ١١٩٨ وما بعدها من « المجلة » والمواد ٥٧ و ٥٩ - ٦٢ من كتاب مرشد الحيران .

(٢) أنظر بخاصة :
Appel mixte. 17 Avril 1945, B. 57. 125.

للتقنين المدنى الحالى ما يفصح عن رغبة المشرع المصرى فى العدول عن هـذا التكييف التقليدى المستقر ·

وبالاضافة الى ذلك ، فان الالتجـاء الى فكرة التعسف هنـا كتبرير لمسئولية المالك فى أحوال المضار غير المعتادة للجـوار يغنى عن التبريرات الأخرى التى تقـدم فى هذا الشأن وتستهدف لانتقـادات كثيرة : كاقامـة المسئولية على أساس خطأ المالك(١) ، أو على أساس مجاوزته حقـه وخروجه عن نطاقه(٢) ·

والواقع أنه ـ فى تأسيس مسئولية المـالك عن الأضرار التى يسببها لجيرانه ـ يجب عدم اغفال أن هذه الأضرار انما تتحقق نتيجة أفعال مشروعة فى ذاتها هى المكونة لاسـتعمال حق الملكية ، فارتباط هـذه المسئولية اذن بفكرة الحق ومدى مشروعية استعماله أمر ظاهر · وواضح أن المـالك الذى يستعمل حقه استعمالا يؤدى الى تحميل جيرانه أضرارا تجاوز الحد المـألوف تحمله والتسامح فيه بين الجيران ، انما يخل ـ لحسـاب الصـالح الفردى ـ بالتوازن الواجب بينه وبين الصـالح الجماعى(٣) وينحرف بالحـق عن غايته المقصودة الى حد جعله وسيلة لفرض أضرار جسيمة فاحشة على الغير ، ممـا يصير معه استعماله تعسفيا غير مشروع لا يستأهل حماية القانون ·

واذا كانت صورة مضار الجوار غير المـألوفة فى صدد استعمال حـق الملكية(٤) هى أظهر صـور معيـار « الضرر الفاحش » ولذلك كانت عنـاية

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 620, 621.

(٢) أنظر كذلك فى تفصيل انتقاد الرأى القائل باعتبار مسئولية المالك عن الأضرار غير المألوفة مقامة على أساس مجاوزة الحق لا على أساس التعسف فى استعمال الحق :
كتابنا أحكام حق الملكية ، هامش «١» ، ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤ ·

(٣) Notre thèse précitée, p. 204.

(٤) يراعى أن هذه الصورة تعرض كذلك فى صدد استعمال الشىء ممن له حق فيه كالمنتفع أو المستأجر (فى هذا المعنى : شفيق شحاته ، هامش «١» ص ٨٦ · ـ اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، هامش «٢» ، ص ١٠٤) ·

المشرع المصرى بالنص عليها صراحة فى المادة ٨٠٧ مدنى ، فيجب أن لا ينفى ذلك امكان انبساط هذا المعيار على حقوق أخرى غير حق الملكية(١) .

وعلى أى حال ، فصورة مضار الجوار غير المألوفة تعبر عن معيار مرن كل المرونة يتسع لتطور الحياة الاجتماعية ويمكن القاضى من الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . ومن تطبيقاته(٢) ما قضى به من مسئولية الحكومة بالتعويض عما أصاب السكان وأملاكهم من أضرار نتيجة انشائها محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أقلقت ادارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى(٣) ، ومن مسئولية احدى شركات الفنادق عن الأضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل جهاز لتوليد الكهرباء مقام فى ملحق فندق تملكه(٤) .

٣٩٧ - تقدير مسلك المشرع المصرى

تأثر المشرع المصرى فى صياغة معايير التعسف بالمصادر الأساسية التى استقى منها نظرية التعسف فى استعمال الحق ، وهى فقه الشريعة الاسلامية من ناحية ، وأحكام القضاء المصرى فى الأخذ بهذه النظرية فى ظل التقنين المدنى القديم من ناحية أخرى ، فجرى مثلهما على تعديد صور مختلفة للتعسف(٥) . ولكن كان خليقا به ، وهو يستقر على الأخذ بهذه النظرية

---

(١) فنستطيع أن نعتبر المتعاقد الذى يصر على التمسك بوجوب تنفيذ العقد بشروطه الاصلية المحددة فيه ، رغم أن هذا التنفيذ قد صار - نتيجة طروء حوادث استثنائية عامه لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد - مرهقا للمتعاقد الأخر بحيث يهدده بخسارة فادحة ، متعسفا فى استعمال حقه ، وأن نرد هذا التعسف الى فكرة الضرر الفاحش . وبذلك تستوى نظرية الظروف الطارئة التى أقرها المشرع المصرى صراحة فى المعاملات المدنية (م ٢/١٤٩ مدنى) على أساس سليم (أنظر : Notre thèse précitée, pp. 243 - 245 . - وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٠ - ١١٣١) .

(٢) أنظر فى تفصيل هذه التطبيقات : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٩٩ ، ص ٣٢٥ - ٣٣٠ .

(٣) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، المحاماة ٣٧٦/٢١ /٨٩١ .

(٤) Le Caire (mixte), 5 mai 1914, Gazette, 4. 206. 492.

(٥) أنظر ، كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣١ و ١١٣٢ .

ويعمد الى تقنينها ، أن يستخلص المبدأ أو المعيار العام الذى ترد اليه مختلف صور التعسف ومعاييره فى أحكام الفقه الاسلامى وأحكام القضاء المصرى ، خاصة وأن جهود الفقه الحديث قد مهدت أمامه السبيل لتأصيل نظرية التعسف فى استعمال الحق وبيان الفكرة العامة التى تحكم مختلف صوره ، وأن التقنينات الحديثة التى سبقته فى تقنين هذه النظرية قد نحا أغلبها نحو وضع مبدأ عام يحكم معيار التعسف دون تحديد أو تعديد صوره ، وأن طريقة تعديد صور التعسف اذا كانت تناسب فقه الفروع وأحكام القضاء فهى أقل مناسبة فى صياغة التشريع كما سبق البيان .

ويبقى بعد ذلك أن مسلك المشرع المصرى من تعديد معايير مختلفة للتعسف مسلك منتقد من ناحية أخرى . ذلك أن هذا المسلك لا يخرج عن أحد أمرين : اما أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو ما يتهدد نظرية التعسف فى استعمال الحق بالجمود وعرقلة استجابتها ومقابلتها للتطور المحتوم فى الجماعة . واما أن هذه المعايير واردة على سبيل المثال ، وكان من الأفضل حينئذ اعطاء القاضى المبدأ العام الذى يحكم توجيه كل هذه المعايير والصور(١) . واذا كان جمهور الفقه المصرى(٢) يقطع بورود هذه المعايير على سبيل الحصر ويمنع القاضى من الأخذ بمعايير أخرى للتعسف غيرها ، فنعتقد من جانبنا أن المشرع المصرى لم يرد تقييد القاضى تقييدا جازما بهذه المعايير وحدها(٣) . فهو قد وضع فى المادة الرابعة من التقنين المدنى المبدأ العام من ارتهان حماية القانون لصاحب الحق بمشروعية استعماله له بحيث ترتفع مسئوليته اذا كان استعمال الحق مشروعا وتتحقق اذا كان الاستعمال غير مشروع ، ثم ذكر فى المادة الخامسة أحوالا يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع لا ليحصر فكرة عدم المشروعية فيها ، وانما - كما تقول المذكرة

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 277, 278.

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٥٩ . - أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، فقرة ٥٥٤ . - اسماعيل غانم ، النظرية العامة للحق ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ١٦١ . - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤١ .

(٣) Notre thèse précitée, Ibid.

الايضاحية ـ لكى « يهيء للقاضى عناصر نافذة للاسترشاد »(١) ·

وعلى أى حال ، فينبغى البصر بالمبدأ أو المعيار العام الموجه لكل ضوابط ومعايير التعسف التى ذكرها المشرع المصرى · وهى لا تخرج ، فى الواقع ، عن فكرة التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها(٢) · اذ لا يتصور أن تكـون الحقوق ـ وهى تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون ـ معطاة كوسيلة لمجرد الاضرار بالغير ، أو لتحقيق مصالح تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ، أو لتحقيق مصالح غـير مشروعة من باب أولى ، أو لتحميل الغـير بأضرار فاحشة · وفكرة الغاية هذه هى التى ارتضيناها من قبل أصلا يحكم استعمال الحق ويحدد معيار التعسف فيه(٣) ، فى ضوء ما بيناه من اتصـال التعسف أساسا بفكرة الحق وكون الحق وسـيلة لغاية دون أن يـكون غاية فى ذاته ·

المبحث الثالث

محل التعسف

٣٩٨ ـ تمهيد

اذا تحـدد التعسف من حيث التأصيل والمعيار على النحـو السـابق تفصيله ، فيبقى تحـديد نطاق نظرية التعسف فى اسـتعمال الحـق وهـو ما يقتضى تحديد المحل الذى يرد عليه التعسف · وفى شأن هذا المحل ، نجـد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ ·

(٢) Notre thèse précitée, pp. 278, 279.

(٣) لم يعد ثم محل فى القانون المصرى للتخوف من اعتبار « الانحراف عن غاية الحق » موجها عاما لكل معايير التعسف وصوره المختلفة ، أمام أخذ المشرع المصرى صراحة بمعيـار « المصلحة غير المشروعة » وهو منوط كما رأينا بتحديد غاية الحق ودوافع استعماله ، مما يجعله فى الواقع خاضعا فى جانب منه للاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية المختلفة التى يرفض بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهورى ، ج١ ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧) معيار « غاية الحق » من أجل توقى الدخول فيها · بل ولعل معيار « المصلحة غير المشروعة » أن يكون فى الحقيقة هو أظهر تمثيل وتجسيد للمعيار العام الموجه وهو معيار « الانحراف عن غاية الحق » · (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٤) ·

اتجاهين : أولهما الى التضخيم من نطاق تطبيق هـذه النظرية ببسط محـل التعسف الى الحريات أو الرخص العـامة كالحقوق سواء بسواء ، والثانى الى التضـيق باسـتبعاد بعض الحقوق بالمعنى الفنى الدقيق من ورود التعسـف عليها مما يجعلها حقوقا مطلقة أو تقديرية • والواقع أن ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وغايته ـ على النحو السالف بيانه ـ يكشف عن التضخم المصطنع الذى يدخله الاتجاه الأول على فكرة التعسف ونظريته ، وأن عـدم التخلص الى اليوم نهائيا من سيطرة النزعة الفردية وما ولدته فى الأذهـان من حصانة مطلقة لأصحاب الحقوق فى استعمالها يكمن وراء الاتجاه الثانى فى استبقاء بعض الحقوق مطلقة تقديرية الاستعمال • فنعرض لمناقشة الاتجاهين وتحديد محل التعسف على ضوء ذلك •

٣٩٩ ـ التعسف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريـات أو الرخص العامة

سبق أن أشرنا الى أن الخلط قديم فى الفقه بين الحقوق بالمعنى الدقيق وبين الحريات أو الرخص العامة • وكان طبيعيا أن يمتد هذا الخلط الى نظرية التعسف فى استعمال الحق ويجد فيها مرتعـا خصيبا يرضى رغبة أنصـارها والمدافعين عنهـا ، فى الأقل أول ظهورها ، فى ابرازها وتضخيم أهميتهـا بتوسيع نطاق تطبيقها على هـذا النحو الذى لا يقتصر عـلى الحقوق بالمعنى الصحيح فحسب ، بل ينبسط كذلك على الحريات أو الرخص العامة ويتناول حتى كل فعل مشروع مباح فى الأصل أيا كان ، بحيث كادت هذه النظرية تقتحم فى كتاباتهم كل نواحى القـانون المدنى ان لم يكن نواحى القـانون قاطبة ، وغدا من اليسير الجارى على أقلامهم ادعاء وجـود التعسف وتلمسه دون تدقيق فى حقيقته وكنه محله •

والواقع أن هذا المسلك ـ على خـلاف ما يظن أصحابه ـ ليس بالذى يحمل كسبا لنظرية التعسف فى استعمال الحق أو بالذى يعين على تدعيمهـا وتقويتها ، فليست قيمة النظريات فى اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو فى دقة تحديدها • ومن شأن هذا التضخيم المصطنع فى نطاق تطبيق نظرية التعسف ـ على حساب اغفال أصلها من الارتباط بفكرة الحق بوصفها التقويم والتصحيح

اللازم لها — تميع هذه النظرية وانطماس حدودها ، وهـو ما يتهددها — من فرض اتساعها وانبساطها — بالعجز والضعف(١) ٠

فضلا عن أن توسعة نطاق نظرية التعسف على هذا النحو ، انما تقوم على أساس خلط واضح بين فكرة « الحق » وفكرة « الحرية أو الرخصة العامة » وهو خلط تزايد خاصـة في القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوربا حينما اصطنع الفلاسفة وكتاب السياسة ما سموه « حقوق الانسان الطبيعيـة » الخالدة المقدسة مدرجين ضمنها عديدا من الحريات العامة التي يجب كفالتهـا للأفراد ، ليقابلوا بها ويوقفوا حقوق الملوك الالهية المزعومة التي كانت سندهم حينئذ في الاستبداد والطغيان ٠ واذا كانت نظرية « التعسف في اسـتعمال الحق » لا تعنى — كما هو ظاهر من اسمها — الا الحقوق واسـتعمالها ، فهي انما تعنى الحقوق في المعنى القانوني الدقيق فحسب ، مما يستبعد من نطاق تطبيقها تلك الحريات أو الرخص العـامة التي قد تعتبر حقوقـا في المعنى السياسي أو الفلسفي لا في المعنى القانوني(٢) ٠

والواقع أن اجراء نظرية التعسف على ممارسة الحريات أو الرخص العامة كذلك ليس ثم ما يدعو اليه ٠ ففكرة « الخطأ » في نطاق المسئولية التقصيرية كانت تتكفل دائما بحكم الانحراف في هذه الممارسـة عن مقتضى السـلوك المألوف ، وكان استعمال الحق غير خاضع في الأصل لفكرة الخطأ مما دعا من بعد الى ظهور فكرة التعسف لحكم هذا الاستعمال ٠ ولذلك فاذا كان ينبغي في نظر البعض التسوية في الحكم بين استعمال الحقوق وبين ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فان منطق هذا النظر يقضي بمد فكرة الخطأ الأصلية الى استعمال الحقوق لا بمد فكرة التعسف الحديثة الى ممارسة الرخص والحريات العامة ، وهذا ما يفعله أنصـار تسوية التعسف بالخطأ التقصـيري تسـوية كاملة(٣) ٠

---

(١) Notre thèse précitée, p. 83.

(٢) أنظر بخاصة :
Waline, L'individualisme et le droit, pp. 94, 385.

(٣) انظر ، بخاصة ، في هذا المعنى في الفقه المصري :
اسماعيل غانم ، النظرية العامة للحق ، ص ١٦٦ و ١٦٧ ٠

غير أنه اذا كان ينبغي - كما سبق البيان - الاعتراف لفكرة التعسف بذاتية واستقلال خاص عن فكرة الخطأ تخرجانها من دائرة المسئولية التقصيرية ، واعتبار فكرة التعسف هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في استعمال الحقوق بالنظر الى ما تعنيه الحقوق من تفاوت في مراكز الأفراد ، في حين تظل فكرة الخطأ هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في ممارسة الحريات أو الرخص العامة بالنظر الى ما تعنيه هذه الحريات من تساوى مراكز الأفراد(١) ، فمقتضى ذلك كله التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل : فتقتصر فكرة التعسف على استعمال « الحقوق » بالمعنى القانوني الدقيق ، وتظل فكرة الخطأ منبسطة - من بين ما تتناوله - على ممارسة الرخص أو الحريات العامة . وهو ما يعطى أهمية بالغة - في شأن تحديد محل التعسف ونطاق نظريته - للتفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة .

وقد سبق أن أقمنا التمييز بينهما - في صدد تعريف الحق - على أساس أن الحقوق تفترض وجود رابطة قانونية تثبت لشخص على سبيل الاستئثار والانفراد تسلطا على شيء معين أو اقتضاء أداء من شخص معين ، بينما الرخص أو الحريات العامة لا تفترض وجود مثل هذه الرابطة . واذا كانت تخول مكنات معينة فانما تخولها في الواقع للناس كافة دون أن تكون محل استئثار أو اختصاص حاجز لواحد دون الباقين(٢) .

ويبدو أن المشرع المصرى يأخذ بهذا النظر من التمييز بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، ومن قصر اعمال نظرية التعسف على الحقوق وحدها دون الحريات أو الرخص العامة . فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يتضمن نصا يمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق بالتفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، وكان المقصود من ذلك -

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٤٠ - ٤٤١ .

(٢) أنظر الموضع السابق المشار اليه فى الهامش السابق .

كما تقول المذكرة الايضاحية(١) - بيان أن « التعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها ، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك ... لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه » . ولئن كان هذا النص قد حذف فلم يظهر فى التقنين ، فلا ينتقص ذلك من دلالته على اتجاه المشرع المصرى ، لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقهيا أكثر منه تشريعيا .

واذا تحدد ، على هذا النحو ، محل التعسف ونطاق نظريته باستعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فيكون اذن من باب التجوز البحث اجراء نظرية التعسف فى استعمال الحق على حرية التعاقد بوجهيها الايجابى والسلبى(٢) ، أو حرية التجارة ، أو حرية الرأى ، أو حرية الاجتماع أو غير ذلك من عديد الحريات أو الرخص العامة . واذا كان من المسلم ترتيب مسئولية من يرفض التعاقد فى أحوال معينة ، أو يقوم بدعاية أو منافسة غير مشروعة ، أو يقود حملة صحفية مغرضة ، فلأن هذه الأفعال تتوافر فيها شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية ولا تعتبر تعسفا فى استعمال حقوق مزعومة لا وجود لها فى المعنى القانونى الدقيق(٣) .

٤٠٠ - التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق - رفض فكرة الحقوق المطلقة أو التقديرية

اذا كان التعسف لا يرد الا على استعمال الحق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة على النحو السابق بيانه ، فيبقى التساؤل عما اذا كان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، هامش ص ٢٠١ .

(٢) قارن مع ذلك :

اسماعيل غانم ، تجدد عقد العمل المحدد المدة (تطبيق لنظرية التعسف على رفض التعاقد) ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ٤ ، ع ٢ ، ص ٣٤١ وما بعدها ، انظر بخاصة ، ص ٣٨٧ ومابعدها.

(٣) Notre thèse précitée, pp. 109, 110.

كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٩ - ١١٤١ .

التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق دون تمييز أم يرد على استعمال بعضها دون البعض الآخر ·

ونجد اتجاها قويا فى الفقه الفرنسى خاصة يخرج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، ويعتبرها بذلك حقوقا مطلقة يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها دون خضوع هذا الاستعمال — فى دوافعه وأغراضه — لرقابة أو تعقيب القضاء ، وهو ما يحمى أصحابها من أى حد من هذا الاستعمال ويعصمهم من أية مسئولية تترتب بسببه ، وهذه هى « الحقوق المجردة أو غير المسببة » **droits abstraits ou non causés** كما يسميها البعض(١) ، أو « الحقوق التقديرية » **droits discrétionnaires** كما يسميها بعض آخر(٢) · غير أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقون على تبرير واحد لوجود هذه الطائفة من الحقوق المطلقة أو التقديرية ·

فبعضهم يرد ذلك الى ما لهذه الحقوق من حدود موضوعية معينة تعيينا دقيقا تغنى عن الحدود الشخصية التى تقيمها نظرية التعسف فى استعمال الحق(٣) · غير أن هذا التبرير ليس بالمقنع · اذ لا يتوقف اعمال نظرية التعسف فى الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة الحق نفسها وارتهانها بغاية معينة ، خاصة وأن حدود الحق الموضوعية — مهما بلغت دقة تعيينها — انما ترسم مضمون الحق والتعسف انما يتعلق بغايته · هذا فضلا عن عدم صدق هذا التبرير فى كل الحالات : فبعض الحقوق ذات الحدود الدقيقة يظل مع ذلك محلا للتعسف ، وبعض الحقوق التى يقال انها مطلقة أو تقديرية تفتقد مثل هذا التحديد الدقيق(٤) ·

ويرد بعض آخر من أنصار هذا الاتجاه بقاء بعض الحقوق مطلقة الى

---

(١) Josserand, op. cit., No. 306.

(٢) Rouast, article précité.

(٣) Josserand, op. cit., No. 306, p. 416.

(٤) Rouast, article précité, No. 3, pp. 2; 3.

أن استعمالها استعمالا تحكميا يكـون أمراً ضروريا أمام ما يهيمن على هـذا الاستعمال من دوافع شخصية خالصة تستعصى على تقدير القاضى وتكون من شأن صاحب الحق وحده(١) . ولكن هذا التبرير بدوره غير مقنع . اذ ما دام من شأن اعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق اخضـاع دوافـع استعمال الحقوق لرقابة القضاء وهى بحسب طبيعتها دوافع شخصية ، فلا وجه اذن لحرمانه — بدعـوى الصفـة الشخصية الخالصـة — من رقـابة بعض هـذه الدوافع دون بعض . فضــلا عن أن هذا التبرير يخلق مشكلة أخرى ليس من اليسير حلها ، هى مشكلة تحـديد ما يعتبر من الدوافع ذا صفة شخصيـة خالصة بحيث يترك لمحض تقدير صـاحب الحق وما لا يعتبر كذلك فيخضـع لرقابة القضاء(٢) ، وبذلك يتعذر الوصول مسبقا — فى ضوء هذا التبرير — الى تحديد ما يعتبر من الحقوق مطلقا أو تقديريا وما يعتبر منها نسبيا يصلح محلا للتعسف .

والواقع أنه اذا كانت ما تزال توجد فى بعض القوانين والشرائع التى تقر الأخذ بمبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق حقوق تقديرية أو مطلقة لا يخضع استعمالها لرقابة القضاء ، فليس ذلك الا بعض بقايا النزعة الفردية القديمة المتطرفة التى كانت تجعل لصاحب الحق حصانة مطلقة فى استعمال حقه . وقد أكد استبقاء هذه النزعة فى شأن تلك الحقوق ، أن التعسف فى استعمالها لا يمثل بعد فى نظر الجماعات صاحبة هـذه القوانين درجـة من الخطـورة الكافية تحملها على التصدى لتقويمه(٣) . ولذلك كان طبيعيـا ألا تتفق هذه القوانين المختلفة على قائمة واحدة لما يعتبر تقديريا مطلقـا من الحقـوق ، اذ يختلف الأمر بحسب نظرة كل جمـاعة والمثل التى تسيرها والسياسـة التشريعية التى تستهدفها ومدى ارتدادها عن النزعة الفردية القديمة ومدى استشعارها خطر التعسف فى استعمال هذه الحقوق . وعلى أى حال ، فالمسلم

---

(١) Ripert, op. cit., No. 100.

(٢) Notre thèse précitée, p. 122.

(٣) Notre thèse précitée, pp. 130, 131.

— حتى باعتراف المدافعين عن وجود هذه الحقوق التقديرية — أن هذه الحقوق في تراجع وعددها فى تناقص(١) ، ومآلها المحتوم — فيما نرى — هو الانقراض فى القريب مسايرة للتطور المحتوم فى هذه الجماعات • وأيا كان الأمر ، فوجود حقوق مطلقة أو تقديرية مرجعة اذن ظروف خاصة بكل جماعة ، وليس فى جوهر هذه الحقوق ما يحتم فى المنطق اطلاق استعمالها لمحض تحكم وتقدير أصحابها(٢) •

وامام ذلك ، وبالنظر كذلك الى أن المشرع المصرى — فى تقريره نظرية التعسف — انما يتكلم عن « استعمال الحق » بصفة عامة دون تمييز أو تحديد ودون اشارة الى امكان وجود حقوق تقديرية ، نستطيع أن نستخلص أن التعسف فى القانون المصرى يرد على استعمال كافة الحقوق ، وأن هذا القانون قد تخلص تماما — فى شأن استعمال الحقوق — من كل بقايا النزعة الفردية ، وأنه لا يقر بالتالى وجود حقوق تقديرية يتمتع أصحابها بسلطان مطلق فى استعمالها دون تعقيب أو رقابة عليهم فى ذلك من قبل القضاء(٣) • ولذلك يجب القول — خلافا لما يرى البعض — باخضاع حق الايصاء وحق الطلاق فى القانون المصرى لنظرية التعسف(٤) • ومما يؤكد الرأى المتقدم كذلك أن المشرع المصرى حينما أتيحت له فرصة التعرض لبعض هذه الحقوق التقديرية المزعومة أخضعها صراحة لرقابة القضاء لمنع التعسف فى

---

(١) Rouast, pp. 2, 12, 16.

(٢) راجع فى تفصيل مناقشة ورفض المبررات الخاصة لاطلاق استعمال كل حق من الحقوق التقديرية المزعومة على حدة :

Notre thèse précitée, pp. 131 - 168.

وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٨ — ١١٥٨ •

(٣) أنظر فى هذا المعنى :

كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٧ وما بعدها • — اسماعيل غانم ، ص ١٦٧ •
ولكن أنظر عكس ذلك :
أحمد سلامة ، نظرية الحق فى القانون المدنى ، ١٩٥٩ ، فقرة ٨٢ •

(٤) راجع فى تفصيل ذلك :
كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٨ — ١١٥٧ •

استعمالها ، فهو ينفى الصفة التقديرية المزعـومة للحـق المعنوى للمؤلف ، بفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال المؤلف سلطته فى تعـديل المصنف وسحبه من التداول لضمان عدم التعسف فيه بالتحقـق من وجـود أسباب خطيرة تبرر هذا الاستعمال (م ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف)(١) ٠

المبحث الرابع

اثبات التعسف وجزاؤه

٤٠١ ـ تحمل مدعى التعسف بعبء اثباته

واضح أن على من يدعى وقوع تعسف من صاحب حق فى استعمال حقه اثبات ما يدعيه طبقا للقواعد العامة فى الاثبات ٠ وعلى هذا النحو ، فالأصل أن صاحب الحق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقه(٢) ، خاصـة أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب الافتراض ابتداء الى أن يقوم الدليل على العكس(٣) ٠

ورغم ذلك ، فثم اتجاه يحاول قلب هذا الأصل فى حالة انتهاء عقد العمل غير المجدد المدة بالارادة المنفردة انهاءاً تعسفيا أو بلا مبرر مشروع ، بتحميل صاحب العمل اذا كان الانهاء من جانبه ـ وهذا هو الغالب ـ اثبات مشروعية الانهاء ومبرراته ، ويرى فى ذلك خصوصية ملحوظة فى التعسف فى انهاء

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٩٥ ـ ٤٩٦ ٠ ـ وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٥٨ ٠

(٢) الا أن يصرح المشرع بتحميله بهذا العبء استثناء ، كنصه فى المادة ٧٥/٧ من قانون العمل على تحميل صاحب العمل بعبء اثبات أن فصل العامل لم يكن بسبب نشاطه النقـابى (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «٥» ، ص ١١٦٠) ٠

(٣) فى هذا المعنى :

Josserand, op. cit., No. 218.

هذا العقد(١) • وقد يكون فى هذا الاتجاه نجدة للعامل واقالة له من عبء اثبات عسير • ولكن هذا الاعتبار لا ينهض مبررا كافيا لتجاهل حكم القواعد العامة فى وجوب تحميل مدعى التعسف ، وهو العامل فى هذا الفرض ، بعبء اثبات تعسف صاحب العمل فى الانهاء أو انعدام مبرر هذا الانهاء • وهذا ما يستقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية بخاصة(٢) ، وينحاز اليه القضاء المصرى فى مجموعه ويؤيده جمهور الفقه فى مصر(٣) •

٤٠٢ ـ الجزاء التعويضى والجزاء الوقائى على التعسف

واضح أن الجزاء على التعسف فى استعمال الحق يتمثل أساسا فى التعويض عن الأضرار المترتبة عليه • وقد ذهب رأى قديم(٤) الى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدى وحده دون التعويض العينى ، بدعوى أن التعويض العينى يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التعسف يفترض عملا داخل حدود الحق ومضمونه • ولكن هذا الرأى لم يلق تأييدا من الفقه أو القضاء ، فاستقر الرأى على هجره ، وعلى القول بأن جزاء التعسف التعويضى قد يكون نقديا وقد يكون عينيا حسب الاحوال(٥) •

---

(١) أنظر بخاصة :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤، فقرة ٣٧٦ • ـ محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرات ١٤٤ و ١٤٥ و ١٦٣ و ٢١٣ •

(٢) أنظر فى الاشارة الى هذا القضاء :

Mazeaud, t. I, p. 544, notes "5" et "6".

(٣) راجع فى الاشارة الى ذلك :

كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، ط ٢ ، ١٩٦٩ ، هامش «٣» ، ص ٦٥٢ ـ ٦٥٣ ، وهامش «١» ، ص ٦٥٣ •

(٤) Saleilles, Etudes sur la théorie générale de l'obligation, p. 373 en note.

(٥) أنظر بخاصة :

Demogue, op. cit., t. IV, No. 690. — Josserand, op. cit., Nos. 324-327. — Notre thèse précitée, pp. 206, 207. — El-Kholy, La réparation en nature en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1954 (imp. 1957), No. 299.

وإذا كان هذا الجزاء التعويضى بصورتيه يرد على التعسف ، فليس هو بجزائه الوحيد · بل ثم جزاء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بل ويعتبر خصوصية من خصوصيات التعسف ، هو ذلك الجزاء الوقائى الذى سبقت الاشارة اليه والذى يمنع ابتداء الاستعمال التعسفى للحق ، ويحول بالتالى دون وقوع الضرر أصلا(١) ·

« تم بحمد الله »

= انور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ١٣٤ و ١٣٥ · — عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ — هامش ص ٨٤١ ·

(١) فى هذا المعنى :

Ripert, La règle morale, No. 94. — Dabin, op. cit., p. 302. — Notre thèse précitée, pp. 286 et s.

عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق · — اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ ·

ولكن أنظر عكس ذلك :

El-Kholy, thèse précitée, Nos. 5 et s., No. 280.

الفهرس

الفقرة | الصفحة

باب تمهيـــدى

فى القانون بوجه عام

الفقرة الصفحة

الفقرة | الصفحة

القسم الأول

النظرية العامة للقاعدة القانونية

الفرع الأول

تكوين القاعدة القانونية

الفقرة الصفحة

الباب الأول

جوهر القاعدة القانونية

الفقرة | الصفحة

الفقرة الصفحة

الباب الثانى

شكل القاعدة القانونية

الفقرة | الصفحة

الفقرة | الصفحة

الفرع الثانى

تطبيق القاعدة القانونية

البـــاب الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

الفقرة | الصفحة

الفقرة | الصفحة

الفقرة — الصفحة

الفقرة | الصفحة

الباب الثانى
تفسير القاعدة القانونية

الفقرة | الصفحة

الفقرة الصفحة

الفقرة　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　الصفحة

الفقرة | الصفحة

الفقرة — الصفحة

الفقرة | الصفحة

الفقرة | الصفحة

الفقرة الصفحة

البـــاب الثاني

محل الحق

الفقرة | الصفحة

الفقرة الصفحة

الباب الثالث

مصادر الحق

الباب الرابع

استعمال الحق

الفقرة | الصفحة

الفقرة الصفحة

تصويب أهم الأخطاء

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٥٢	١٠	المشروعة	مشروعة
١١٣	٢	القانون	القانون الوضعي
٢٣٩	٣ (هامش)	المحدودة	المحددة
٢٥٨	٦	المحكمة العليا	المحكمة الدستورية العليا
٢٥٩	٨	دستورية	دستوريته
٢٦٨	١٦	وغين	وغير
٢٧٣	٣	يقى	بقي
٢٧٥	٦(هامش)	للكا	ملكا
٢٧٧	٥	رادتهم	ارادتهم
٣١٨	١٣	اذا	إذ
٣٦٠	٨	نسرى	لانسري
٣٨٩	٣	أثر	أثرا
٣٩٨	٦	وطرائفه	وطرائقه
٤٠٠	١٦	انشائه	اشارته الى
٤٠٨	١٠	له	لها
٤٩٦	٣(هامش)	المصنفات التصوير المرئية	مصنفات التصوير المرئية
٥٨٩	٩	نقص أهلية أو	نقص أهلية السفيه أو
٦٧٤	٧(هامش)	القابضة	التابعة

استــــدراك

يضاف الى السطر (١٩) من صفحة (٤٠٠) ما يأتي :

« ثم صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بانشاء المحكمة الدستورية العليا ، وأعطاها ـ ضمن اختصاصات متعددة - الاختصاص بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين ، وذلك على النحو السالف بيانه (سابقا ص ٣٠٩ - ٣١٠)».

رقم الايداع ٢٦٢٨ / ٩٣
الترقيم الدولى I.S.B.N. 977 - 03 - 0122 - 1